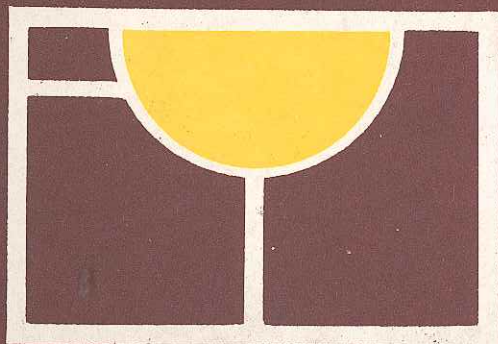


REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO



Publicação do
Instituto de Informática Jurídica
Estado do Rio Grande do Sul

REVISTA DA
CONSULTORIA
GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGE	Porta Alegre	v. 6	n. 14	p. 1 a 278	1976
------	--------------	------	-------	------------	------

Revista da Consultoria-Geral do Estado.
v. 1- n. 1- dez. 1971-
Porto Alegre, Consultoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul, Instituto
de Informática Jurídica.
v. 23cm. quadrimestral.



Catálogo pela
Equipe de Documentação e
Divulgação da CGE.

Os artigos de doutrina não representam,
necessariamente, a posição da Consultoria-
Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Synval Guozzelli — Governador do Estado
José Moria Roso Tesheiner — Consultor-Geral do Estado
Jorge Arthur Morsch — Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

COMISSÃO ORGANIZADORA DA REVISTA

Mário Bernardo Sesta

Antônio Estevão Allgayer

Verena Nygaard Becker

Silvia La Porta de Castra

Maria Izabel Elíbia de Araújo Ribeiro Fonyat

Laura Carrêa Oliveira

Suzana Maria Heller

SUMÁRIO

DOCTRINA

AUREL DAVID	Os bens e sua evolução	11
FRITZ BAUR	A influência do desenvolvimento industrial sobre o direito de vizinhança	29
JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER	Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos ...	41
FABIO KONDER COMPARATO	A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico	81
ATHOS GUSMÃO CARNEIRO	Questões polêmicas do novo Código de Processo Civil	106
PLAUTO FARACO DE AZEVEDO	Do histórico no direito	113
GALENO VELLINHO DE LACERDA	O 75.º aniversário da Faculdade de Direito	155

PARECERES

WALMOR FRANKE	Atualização monetária do capital das sociedades cooperativas ...	169
---------------	--	-----

ARNOLDO WALD	Contratação por empresa pública independentemente de licitação	205
NILO DAMASCENO FERREIRA	Resgate de bem público estadual enfiteuticodo	217
ALMIRO DO COUTO E SILVA	Readmissão	225
MARIO NUNES SOARES	Margens de rio de domínio público	233
CELSON MARTINS COSTA	Terrenos reservados e acrescidos	239
JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS	Cômputo dos férias do contratado	261
JACQUES TÁVORA ALFONSIN	Transmissão de posse de terras ...	265
NELSON MONTEIRO FILHO	Taxa municipal de conservação de estradas de rodagem	271

D O U T R I N A

OS BENS E SUA EVOLUÇÃO

AUREL DAVID

Adido de pesquisa junto ao Centro Nacional
de Pesquisa Científica (C.N.R.S. — França)

— Aio hanc rem meam esse ⁽¹⁾—
Palavras solenes do "Sacramentum in rem".

Entre os direitos pessoais, criação social racional, e os direitos sobre as coisas, obtusos, não conceitualizados e não verbalizados, existe a mesma diferença de densidade que há entre a criminologia social, produto da vida moderna, e a criminologia fisiológica, atávica e obscura como a concebia Lombroso.

Tradução de "Les biens et leur évolution" (Archives de Philosophie du Droit, Paris (8): 165-76, 1963), autorizada pelo autor e direção da revista. Tradução de Verena Nygaard Becker.

- (1) O termo "meam esse" não nos deve enganar. Passa-se o mesmo quanto ao emblema da Universidade de Oxford: "Amor illuminatio mea", pois é sabido que a iluminação não é "minha", como meus sapatos e minhas luvas, mas constitui uma parte de mim mesmo.

As raízes primitivas desta ambigüidade do possessivo foram apontadas pela sociologia. Assim, o nome dos índios Kwakiutl, do Noroeste americano, se modifica segundo as riquezas possuídas, riquezas que parecem incorporar-se ao indivíduo. Da mesma forma, a idéia da troca dos bens, fora do "potlach", normalmente não pode apresentar-se senão através do assassinato do proprietário e da apropriação do seu espírito simultaneamente com a do seu bem, sendo um inseparável do outro (v. M. Mauss "Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne, celle de "moi", in Journal of the Royal Anthropological Institute. Vol. LXVIII, 7-XII, 1938).

É possível que o mesmo se passasse na Roma primitiva. Difícil é saber se as palavras arcaicas: "Aio hanc rem meam esse" significam: "eu digo que esta coisa é minha (me pertence)", ou então: "eu digo que esta coisa é de mim (me constitui, é uma parte de mim)". Provavelmente é a segunda a melhor tradução.

A idéia de um objeto separado e separável, ligado a nós apenas pelo frágil elo de um direito de propriedade ("jus in re") não se teria formado senão pela via indireta das ações "in rem" (vemos bem que a coisa é separável de nós, porque precisamos

Uma balada do Romanceiro Árabe exprime bem esta diferença (2):

Um homem do deserto, esgotado pela miséria e a doença dos seus, vai ao encontro do paxá para lhe vender seu único bem: El Zorab. O paxá olha o magnífico animal e faz, quase timidamente, sua oferta: "Mil sequins de ouro?" O negócio é concluído e o homem leva seu tesouro. Mas retorna no dia seguinte para devolver o ouro e retomar seu cavalo.

O paxá se coloca no plano contratual: houve acordo de vontades. Foste tu que me ofereceste El Zorab. Eu o paguei ao preço do resgate de um rei.

Garante-me a posse pacífica do meu bem.

Mas o homem não pode sequer compreender esta linguagem. Permanece no plano dos direitos reais: "Como podes imaginar que este cavalo te pertença, tu que não o conheces senão desde ontem? Obedece ele ao teu mínimo gesto? Pude eu te vender minhas recordações? Viste-o nascer? Conheces seu adestramento? Saberás o que lhe convém?"

O paxá, exasperado, chama seus homens. Mas, antes que pudessem agarrá-lo, o beduíno tira seu punhal e o lança no pescoço do cavalo.

reivindicá-la do ladrão que no-la roubou) ou pela via dos "jura in re aliena". A idéia de um direito sobre a sua própria coisa parece não ter sido muito familiar aos Romanos; o termo "jus in re" é empregado sobretudo pelos autores medievais (v. R. Monier, *Traité de droit romain*, Paris, 6a. edição, t. I, p. 342).

Em nossos dias, toda ambigüidade desapareceu. "Nós mesmos" somos constituídos pelo conjunto único do corpo e da vida psíquica, formando (ou ao menos, tendo formado até estes últimos tempos) um todo inseparável e nominado. Os objetos exteriores são "nossos", separados e anônimos.

Entretanto, não se considerou útil criar duas expressões distintas e a linguagem corrente mantém a antiga ambivalência do possessivo. Diz-se: "meu-porta-canetas" da mesma forma como se diz "minha mão". Ou ainda: "dou em penhor meu automóvel" assim como "respondo por esta promessa com minha vida".

(2) G. Cosbuc, "El Zorab", em *Ballades et Idylles*.

É na última parte da balada — a mais selvagem e mais bela — que são ditas as palavras mais importantes. Deitado na poeira, o homem do deserto beija o sangue que corre da ferida, e então levanta na direção do paxá olhos alucinados pela loucura: "Meus filhos o vingarão e também meus netos. E agora manda partir-me em pedaços e joga-me aos teus cães".

Não pensemos mais em El Zorab, porque é absurdo assemelhar um cavalo a um objeto inanimado. Mas aquele que vendeu sua casa ou seu campo e revê, mais tarde, a casa em ruínas ou o campo inculto, dirá: "Veja o que fizeram da minha casa".

A coisa vendida por dinheiro parece escapar do vendedor ao comprador por um movimento do espírito, quando muito uma tradição, por um conjunto de atos voluntários dos contratantes, do grupo, do Estado. Estas vontades não atacam diretamente os laços entre o homem e a coisa. A "garantia pessoal do vendedor" testemunha isto, sobretudo para os imóveis, porque a casa, o *ager limitatus*, é um bem essencial, qualquer coisa que nem mesmo se pensaria poder alienar. Esta garantia é perpétua: **já se terminou de vender um imóvel**. O laço com o antigo proprietário (quase um laço de sangue) parece passar — como para El Zorab — aos filhos e netos. O vendedor e sua descendência permanecem terceiros suspeitos, cuja ferida é fácil de reavivar. É possível, aliás, que a casa reconheça seu antigo senhor e abra-lhe — por vias só por ele conhecidas, — suas portas; tal como os galhos das cerejeiras acariciavam o rosto de Lucius Lucinius Lucullus, à sua passagem, "agradecendo-lhe por tê-las trazido do Ponto longínquo para plantá-las nos jardins de Roma."

Qual é, então, este laço profundo que pode estabelecer-se entre o homem e a coisa?

A propriedade provavelmente não é um direito sobre a coisa (curioso direito sem sujeito passivo, como se observou) (3), como também é uma cadeia de direitos pessoais em torno de uma coisa, mas sim uma lacuna do Direito, uma "liberdade" significando aqui o termo liber-

(3) "O obscuro Thon o havia dito na Alemanha antes de Planiol, e Kant antes de Thon". V. J. Carbonnier, *Droit Civil* (Paris, 1957), t. II p. 39.

dade um limite do Direito, a existência de um domínio proibido à sociedade e ao legislador. É possível que as "limitações" à propriedade reduzam este domínio a quase nada. Mas onde ele subsiste, consiste numa "proibição, ao Direito, de entrar" (quer se trate de uma autolimitação, de um decreto do direito natural, de uma disposição constitucional, etc.).

Pode-se imaginar este círculo de nada social como um cercado onde se permite apenas ao proprietário penetrar. O Estado circula então ao seu redor, proibindo a si próprio e aos indivíduos a transposição do mesmo cercado. Mas o essencial se passa atrás dele, ao abrigo do direito e da sociedade, entre o homem e a coisa. O cerimonial está descrito no "Amphitrion" de Giraudoux, quando Alcmené é entregue a seu marido. Alcmené, naturalmente não é propriedade de Amphitrion, mas os ritos são os mesmos. Com um gesto, Júpiter detém a massa que se prepara para festejar o acontecimento: "... desapareçamos, deuses e comparsas, para nossos zênites e nossas adegas. Todos vós, espectadores, retirai-vos sem dizer palavra, demonstrando a mais perfeita indiferença..."

Isto não implica a perenidade absoluta da propriedade. Por uma razão ou outra (convenção, requisição, regulamentação da atividade do proprietário), o elemento social pode voltar. Deuses (os deuses estavam presentes na emancipação antiga), reis, comparsas e espectadores refluem ao palco, abrem-se as portas e o proprietário sai detrás do cercado. Em seguida, ou se o destrói ou um outro proprietário o transpõe. Fecham-se novamente as portas, deuses e comparsas se retiram. A sociedade e o direito não ficam ligados ao processo senão porque circulam ao redor do cercado, esperando o dia em que o Estado abrirá uma brecha ou o momento em que o próprio proprietário sairá por si mesmo para alienar seu bem. Até lá a coisa é feita para ficar frente à frente com o homem e até, ciumentamente, com o mesmo homem.

O laço que se estabelece no silêncio do cercado é antigo e poderoso. Suponhamos conhecida a história dos direitos reais, desde a

"plena in re potestas" quirritária até a propriedade do direito civil; em seguida, as variações em sentido contrário, partindo de Planiol e de Brinz.

Consideremos então alguns fatos inteiramente novos, mais novos mesmo que a esterilização da propriedade napoleônica, sua transformação em uma função social, ou mesmo (segundo os regimes) sua socialização. A questão que se tem em vista aqui não é de justiça distributiva ou social, como não é de Economia Política. Além disso, para fixar ou eliminar os elementos sem interesse, seria melhor recorrer a uma hipótese de trabalho utópico.

Uma das razões da eiosa apropriação da coisa era a raridade dos bens. Imaginemos então uma abundância de bens, e portanto a supressão da guerra pela posse de um pedaço de pão, fazendo esquecer até mesmo do expediente do "mínimo vital", isto é, a posse estável do mínimo de bens que permite a manutenção da vida. Todos disporiam de bens, satisfazendo suas necessidades e seus desejos. Suponhamos uma humanidade idílica, composta não dos lobos sangüinários de Hobbes, mas de homens que se regozijassem de possuir e de ver possuir. Tudo isto dentro de um Estado admitido por todos e regulando convenientemente a circulação dos bens, porque toda justiça distributiva, numa abundância total, deveria supor a circulação intensa dos bens.

Talvez não se trate de pura utopia, já que assistimos, com efeito, ao desaparecimento da propriedade napoleônica e à circulação intensa dos bens, circulação cuja existência se opõe à idéia de um laço perpétuo e indissolúvel entre um homem e um objeto.

Entretanto, algum laço manter-se-á no próprio seio da utopia realizada. Alguma "infungibilidade" subsistirá, ligando tal homem a tal objeto "em pessoa". O fato de trazer à luz este último fundamento da apropriação conduz a uma outra questão particularmente grave.

De que forma pessoa e matéria podem colaborar? A questão sai do âmbito deste artigo (4).

Deixemos igualmente de lado as questões de ligação fetichista ou animista (acredita-se sempre no poder das pedras preciosas e nossa época, muito supersticiosa, vive de horóscopos: cor favorável, o azul; metal favorável, o estanho), e tentemos enumerar algumas das razões que soldam um ao outro, homem e matéria.

1. O corpo-a-corpo com a matéria é a marca do homem. Para se afirmar, deve o homem estreitar o fardo com seus braços, colar sua boca à matéria para lhe insuflar, senão a vida, ao menos o movimento finalístico. (***)

Pareceria normal que o homem se ligasse a seu indispensável parceiro enquanto o arranca do movimento material em direção ao movimento moral.

2. Ligada à precedente está a idéia de uma incorporação do trabalho no objeto fabricado. A idéia é por demais conhecida por suas aplicações em Economia Política. Mas ela tem sua importância, mesmo em nossa hipótese utópica, por criar um laço entre o homem e a coisa.

3. O valor afetivo, que torna a coisa infungível e insubstituível:

a) O apego à coisa fabricada, justamente em razão do fato de ela parecer o prolongamento do nosso ser. A questão foi aprofundada pela maioria das ciências do homem.

(4) Tentei, em outros artigos ou publicações, enfocar um certo número dos pontos aqui evocados. Para evitar repetições, peço permissão ao leitor para remetê-lo, segundo o caso, a um dos seguintes textos:

* *Vêtir ceux qui sont nus. Esquisse des rapports entre l'individu et son équipement intellectuel et corporel.* Tese de filosofia, em preparação.

** *Structure de la personne humaine.* Tese de direito. P.U.F., 1955.

*** "Réflexions pour un schéma de l'homme", *Archives de Philosophie du Droit* (Paris, 1958), publicado também em *Cybernetica* (1958, p. 39) e *Dialectica* (Zürique, 1958, p. 281).

**** "La rencontre avec les machines", *Médecine de France* (out. 1962), tradução inglesa: "Meeting with machines", *Nature* (Londres, 1962, p. 959).

b) O apego sentimental puro, que faz com que se qualifiquem certos objetos de "pessoais", "ligados à pessoa": cartas de família, recordações, etc. Armand Duval aperta sobre seu coração a camélia que Marguerite Gauthier usava no seu corpete. Trata-se da flor "em pessoa", aquela que Marguerite usava e não outra. Em realidade, o termo "em pessoa" se aplica a Marguerite, não à flor. A camélia evoca a "Dama das Camélias", constitui seu símbolo (digamos, antes, seu "sinal distintivo"). A flor se acha por isso "personalizada". Mais frequentemente as coisas são "personalizadas" por nós mesmos: a casa de infância está cheia do nosso passado e é a nós mesmos que aí encontramos. As coisas mais anônimas tornam-se infungíveis após uma longa coabitação com um homem, porque elas se encarnam das suas recordações.

4. A adaptação técnica. — Existe uma adaptação entre as próprias coisas que "se pertencem mutuamente" (*). Pode-se compreender instintivamente esta "adição irregular das máquinas": um trator não pode mover um reboque; dois tratores reunidos arrancá-lo-ão facilmente. A adição não é normal: um trator = zero; dois tratores = tudo. Dois homens que dividem entre si uma tesoura obterão não a metade, mas nada. De outro lado, as coisas deixam de se pertencer pela "rodagem", termo cujo sentido é bem conhecido.

A justiça distributiva encontra-se por isso enfraquecida: retirando, em nome da igualdade, um minúsculo pino do relógio para dá-lo a outro homem (que não saberia o que dele fazer), privar-se-ia o proprietário, não somente deste pino, mas do conjunto de seu relógio (*).

Em realidade, tem-se apenas a obrigação de transferir objetos por grupos inteiros, o que entravaria a circulação dos bens.

5. Uma adaptação técnica inesperada, entretanto, forma-se entre certos bens e o próprio homem. Vê-se-o bem quando da venda de El Zorab. Ao lado do seu amor, o beduíno refere longamente a adaptação que se formara entre o cavalo e ele mesmo. Uma adaptação semelhante se forma entre o dançarino de corda e seu bastão que ele equilibra com seu peso, entre o motorista maneta e seu automóvel que ele adapta a sua enfermidade, entre o químico e sua balança (basta haver visto a balança de Jean Perrin no Collège de France). Considerado apenas do seu lado técnico, o laço é aqui muito forte.

Não é certo que a adaptação tenha lugar unicamente do lado da coisa. A bailarina se adapta a suas sapatilhas e as sapatilhas à bailarina. Quanto à balança e ao químico, é antes este que se adapta àquela. Um carnê no qual o astrônomo anotou durante anos suas observações e os resultados de seus cálculos parciais, está adaptado aos circuitos do cérebro do astrônomo.

6. Existe uma forma antiga de **hábito** à coisa que não é a verdadeira adaptação, mas uma mistura de superstição e ignorância. Esta ignorância pode ter dois graus:

a) Um deles comporta uma certa dose de adaptação técnica e pode justificar-se dentro de certos limites. O vidraceiro está habituado ao seu diamante, do qual aprendeu perfeitamente a se servir. Todo aparelho possui um modo de emprego que é preciso aprender, e a aprendizagem cria uma união. O vidraceiro também dirá: "jamais encontrarei um diamante igual". Tudo isto é em grande parte uma questão de ignorância. Dizer que um vidraceiro "conhece" seu diamante, é dizer justamente que ele não conhece os diamantes, não sabe encontrar seu ponto de corte senão por um longo e obscuro trabalho que não se pode qualificar de conhecimento ⁽⁵⁾. De outro lado, se o diamante é insubstituível, é porque se trata de um mau instrumento. Os diamantes industriais são efetivamente feitos de fragmentos irregulares de cristais, dos quais não se pode dar claramente o modo de emprego. Mas, à medida que nossos conhecimentos se aperfeiçoam, cada máquina é liberada com um modo de emprego explícito e, se possível, simples ⁽⁶⁾. (O automóvel que permitiu a conquista do Oeste Americano foi o Ford de dois pedais; os tratores agrícolas se esforçam por obter o máximo de simplicidade na direção). Há grande distância entre o hábito decorrente de ignorância e a adaptação que une as peças de um relógio.

b) O segundo grau do hábito é aquele da ignorância sem nenhuma luz. Todo êxito aí parece milagroso e paraliza o executante na atitude

(5) Picasso dizia: "em pintura, o "ofício" é o que não se ensina".

(6) De qualquer forma, a leitura do modo de emprego acarreta uma perda de tempo que justifica o "hábito".

na qual obteve o êxito. Isto vem ao encontro da superstição poética de Baudelaire: O homem, ébrio de uma sombra que passa, leva sempre com ele o castigo por ter querido trocar de lugar.

A terra de eleição é a agricultura, onde tudo é misterioso: a meteorologia, a fertilidade da terra, a vida dos animais, a germinação das plantas. Aí também o aumento dos conhecimentos já obteve bons resultados e deve obter ainda maiores.

7. O **pertencer natural** de tal coisa a tal homem. Este ponto será retomado adiante.

Limitemo-nos a encarar o desaparecimento destes antigos laços sem examinar as conseqüências, os receios e, sobretudo, as esperanças decorrentes deste desaparecimento. (*).

A esterilização da propriedade das coisas exteriores ao corpo humano, mesmo na hipótese utópica aqui enfocada, é bem conhecida. Daremos apenas algumas indicações necessárias aos pontos 1 a 6.

A destruição dos "hábitos" e mesmo a destruição de uma parte das adaptações (pontos 5 e 6), devido ao avanço dos conhecimentos, já foi indicada acima.

Os laços entre o homem e sua criação, entre o escultor e sua estátua (pontos 1, 2 e 3) não passam de uma recordação. Salvo raríssimas exceções, ninguém mais produz os bens que usa. Estas exceções estão enfraquecidas pelo hábito da circulação dos bens fabricados.

Os pontos 3 b e 4 são combatidos, entre muitas outras razões, pela estandardização e aceleração do progresso técnico. É o laço sentimental que melhor resiste, pois nossa época é bem mais romântica do que aquelas que a precederam desde 1950 (mais fetichista e mais supersticiosa também). Contudo, o homem se apegava a um pequeno número de objetos que, freqüentemente, nem mesmo lhe pertencem. Já o apego infinitamente mais vasto aos objetos nos quais nos reencontramos (nós mesmos ou nossa linhagem), está em vias de desaparecer. O apego, em

parte supersticioso, ao lugar onde nascemos, onde nossos pais obtiveram êxito (pais que se supõe terem sido mais sábios do que nós, enquanto hoje as crianças são superiores aos pais), à casa paterna, ao pedaço de terra familiar, apaga-se com o avanço dos conhecimentos e — em cada matéria — proporcionalmente a este avanço. Há todo um simbolismo no fato de que a astronáutica se prepara para nos separar de nosso cantinho de terra, sobre o qual nascemos, “nós”, desde as algas azuis até o homem.

A standardização e a fabricação em série desfazem os laços sentimentais. É difícil apegar-se a um copo, do qual toda a França compra o mesmo modelo. Os colecionadores estão submersos na massa daqueles que comprem objetos standardizados. Quanto ao “pertencer mutuamente” dos objetos, ele é destruído pela standardização da mesma forma como a fricção é atenuada pela precisão da usinagem. Os pneus não “pertencem” mais “em pessoa” ao automóvel, podendo ser cedidos a qualquer outro automobilista.

A standardização acrescenta-se a rapidez do progresso técnico. Os antigos procuravam os instrumentos duráveis (que acabavam por amar). Sabe-se agora que uma construção excessivamente durável impede o progresso. Não nos deveríamos habituar ao nosso televisor, já que em dois anos teremos de comprar outro, capaz de receber imagem a cores. É já antigo nos EUA o hábito de não mais remendar a roupa ou consertar os velhos postes de telégrafo sem fio. São substituídos. Entretanto as maiores novidades aparecem agora em relação ao ponto 7, que havíamos deixado em reserva, e que concerne ao **pertencer natural** de certos objetos a certos homens. Não se trata de alguma espécie de justiça distributiva, dando a cada homem uma parte dos bens materiais — tal saco de farinha ou qualquer outro semelhante —, mas da atribuição natural de um bem determinado. Isto se prende às antigas civilizações agrícolas e é rodeado de magia; mas aí há ainda outra coisa. Existiu, sobretudo ao tempo da pequena cultura familiar, o sentimento de que o homem, vivendo numa terra com animais e instrumentos que lhe permitiam alimentar sua família, criava com esses bens uma espécie de átomo natural. Sob este ângulo, as práticas mágicas não têm importância. Elas podem representar uma crença nos hábitos (culto dos ancestrais). En-

tretanto, as divindades do átrio, os deuses **Termes**, podem representar uma forma imaginada de exprimir uma lei natural. Crendo-se numa atribuição natural dos bens, não há grande diferença entre o fato de dizer que os limites do campo são protegidos pelos **Termes** ou que a carga do elétron, o **quantum** de ação, a velocidade da luz, são constantes naturais protegidas pelas leis do nosso universo.

A objeção de que a atribuição pode ter sido feita originalmente por homens carece de força contra a crença numa atribuição natural ou divina. A partilha feita pelos homens pode se limitar a uma leitura ou à determinação de uma atribuição original pré-existente. Se Mendelejev e Linné estabeleceram as divisões entre as espécies vivas ou entre os corpos simples, nem por isso criaram esses limites naturais e pré-existent.

Tais crenças desapareceram sob os golpes dos fatores indicados acima, bem como da descoberta da mobilidade e da substituibilidade dos bens. O desaparecimento é quase completo, salvo num ponto que devemos agora encarar.

Estamos apegados com todas as nossas fibras à integridade da pessoa humana e às suas “liberdades”, que são antes de mais nada aquelas de empregar seu corpo e seu espírito e a impedir desintegrarem-se partes de si mesmo. Filosofias e ciências passam por sobre nós como águas. O homem continua a aparecer aos juristas como um conjunto, cujas partes se fundem no milagre humano. Os órgãos do homem não são propriedade sua. São ele próprio.

Tentei atrair a atenção (**) sobre certos fatos novos que, teoricamente, acusam esta maneira de ver. Até aqui o direito reagiu em certos pontos aos fatos novos (7), mas isso não passa de uma gota d'água em relação à firmeza de nossas crenças correntes.

A simples terminologia, porém, deveria ter-nos conduzido a reflexão. Se a propriedade é uma “liberdade”, o mesmo termo “liberdade” é utilizado a propósito do uso feito pelo homem de seus próprios

(7) V. A. Decocq, *Essai d'une théorie generale des droits sur la personne* (Paris, 1960), que oferece o estado da jurisprudência e uma extensa bibliografia jurídica.

órgãos: espírito, corpo; para tornar a semelhança mais completa, fala-se também aí, de “direitos” (diz-se indistintamente: “liberdades individuais” ou “direitos do homem”). Tal como ocorre com a propriedade, esses “direitos” não têm sujeito passivo. São relações diretas e exclusivas do homem com seus órgãos, no interior de um muro onde ninguém pode penetrar. Ainda não se ousou dizer que se tratava, aí, de verdadeiros direitos reais sobre o corpo. E de qualquer maneira, a discussão teria sido inútil, já que a alienação de parcela, desse conjunto, mínima que fosse, parecia impossível. A barreira biológica era a garantia mais segura da inalienabilidade: havia aí, enfim, uma verdadeira atribuição “natural” de tal matéria a tal pessoa.

A “adaptação técnica” de um homem a um objeto, no entanto, já nos surpreendeu. Esta adaptação acha-se acelerada através da standardização e do progresso técnico (como se os órgãos fossem simples coisas adaptáveis).

É o espírito que, em determinadas partes, cedeu mais rapidamente. Não apenas ele se deixa substituir por calculadoras, como também se standardiza rapidamente. Basta que se pense nos telespectadores, assistindo à mesma hora o mesmo programa, e nas linhas do metrô, conduzindo homens e mulheres que lêem o mesmo artigo no mesmo jornal da tarde.

É a ciência, sobretudo, o meio mais poderoso de padronização dos cérebros, pois a verdade é una. As cadeias de rádio-amadores e as companhias aéreas unem-se para obter, num ponto do mundo, um medicamento fabricado em outro. As idéias dos médicos e seus remédios são, pela ciência, unificados e interambiáveis.

A padronização se opera voluntariamente. Os construtores de máquinas tradutoras padronizam a linguagem científica: “nós adaptamos nossas máquinas, adaptem vocês seus cérebros” (8); e qual o médico que não se renderia a esta disciplina para salvar um doente?

(8) Observar uma sintaxe regular: sujeito, verbo, complemento, na ordem. Repetir sempre a mesma palavra, sem perifrases nem sinônimos, os quais tornam a frase harmoniosa, mas obstruem as máquinas. Ter uma “micro-semântica”: 5.000 palavras bastam para qualquer tratado de cirurgia craniana.

Imaginemos que o conteúdo do pensamento seja em parte, minha propriedade e não eu mesmo, confundindo-se assim com uma vestimenta colocada em meus ombros. Esta propriedade será, não obstante, extremamente poderosa e “natural”: “trapo, se quiserem, meu trapo me é caro”, o termo *meu* fazendo ao mesmo tempo alusão aos 7 pontos indicados anteriormente.

Que resta hoje desse sentimento? O homem vem ao mundo com um estoque hereditário de reflexos e instintos (em pequeno número relativamente aos animais). Quanto ao cérebro, é ele um caderno virgem, onde nada ainda foi escrito. O “conteúdo do pensamento”, as conexões entre neurônios, ou elementos de neurônios, estabelecem-se ao longo da vida, cobrindo o caderno de uma escrita mais ou menos cerrada. Ora, esta escrita, sobretudo seus começos, não é obra nossa. É-nos dada — não “naturalmente” —, mas sim através do trabalho de nossos pais e da sociedade.

Uma criança-lobo, cujo cérebro não foi envolvido nem ordenado pela sociedade, permanece ao nível do animal, sem palavra, sem ideação, quase sem postura vertical. Levamos aí, em nossa cabeça, um objeto fabricado pelos outros e, no que tange aos conhecimentos científicos, fortemente standardizado. Sobra, evidentemente, toda a parte do pensamento que parece pessoal e não mecanizável. Esta também começa a ser atacada (***) (****)

A tudo isso dever-se-ia responder: sendo a sociedade quem ordena a sede do pensamento, os neurônios são eu mesmo ou constituem, ao menos, objeto de uma propriedade natural e inatacável. Até agora, estavam os órgãos urdidos segundo uma adaptação tal, que nada podia ser daí extraído sem acarretar a destruição, tanto do conjunto, como da parte extraída. Inútil, portanto, tentar reconhecer a natureza exata das relações entre a parte e o todo.

Os transplantes modificaram tudo isso (***). Quiçá, chegar-se-á a transplantar a própria célula nervosa.

Há um último ponto cuja ação é oblíqua, mas, não obstante, determinante: a aparição dos órgãos artificiais. O conteúdo do pensamento está já há muito deslocado e substituído por calculadoras metálicas que obtêm os mesmos resultados dos cálculos pensados. Isto lança alguma suspeita sobre a natureza transcendente das operações do pensamento (ao menos sobre aquelas que são mecanizáveis). Passou-se em seguida ao ataque à sede do pensamento. E a teoria da informação, que materializa o pensamento, vai ao encontro do fato de que se obteve êxito em substituir o corpo de um neurônio por um fio metálico.

A sombra projetada sobre o pensamento é tenebrosa. O órgão artificial suscita uma questão que chamaria de bom grado: o dilema maior.

Para situá-lo, é preciso pensar inicialmente que um aparelho artificial (um coração ao qual o doente permanece ligado durante algumas horas, ou, porque não, alguns anos?) não penetra na unidade humana. Permanece sendo uma máquina adquirível e alienável. O dilema é então o seguinte:

— ou bem o coração natural também não é senão uma máquina material;

— ou bem este coração (simulado, porém não reproduzido pela máquina) (*) é um órgão milagroso, parte indivisível do milagre humano total. Mas então, trata-se de um milagre desperdiçado inutilmente, já que se obtêm os mesmos resultados através de uma máquina, isto é, com a boa matéria, imortal, reparável e substituível (e, talvez, perfectível)... se houvesse milagre, seria preciso apressar-se para suprimi-lo e substituí-lo por um órgão artificial (o qual, a partir deste momento, seria submetido à justiça distributiva vigente no grupo).

O progresso técnico igualmente influi. Da mesma forma como se abandona o velho aparelho de televisão a fim de comprar um melhor, faz-se extrair uma costela fraturada para substituí-la por uma vértebra de matéria plástica. Enquanto o corpo constitui um mundo fechado, cujas partes todas se pertenciam, não se podia saber se se tratava de uma unidade natural ou de uma propriedade muito forte.

O milagre unitário, atualmente, não desapareceu. Mas as vértebras dele não mais fazem parte. Abriu-se o homem, e se lhe retirou as vértebras.

Instala-se então uma espécie de análise subtrativa que constitui a trama mesma da Cibernética: o homem é um mundo fechado, cujas partes se pertencem, todas, indissolivelmente, no interior de um milagre comum. Trata-se, porém, do homem menos a pele (transplantável), menos o sangue (doável), os ossos (substituíveis), o coração, os rins, os neurônios, etc. (*).

A separação em relação à matéria consiste numa dupla queda: o corpo se abre e certas partes se tornam matéria apropriável. Mas, a própria idéia de uma apropriação ciosa e definitiva, tendo desaparecido; a paliçada dos cercados tendo-se desagregado; corpo e pensamento caem diretamente no fluxo da circulação dos bens em torno dos homens.

Seria necessário fechar-se os olhos para não se ver que isto contém em germe uma profunda transformação do Direito. E é sem dúvida o Direito que mais facilmente encontrará suas inspirações no desconcerto geral, porque possui tesouros de experiência humana.

Gostaria de terminar este estudo no ponto exato onde começa minha tese na Faculdade de Letras, isto é, por um exemplo.

Jacques cede seu rim a Paulo. Eu devo 100 francos a Jacques. Após a operação, passarei a dever 99 francos a Jacques e ao menos 1 franco a Paulo, em quem "vive" atualmente uma parte de Jacques? A experiência jurídica é tão sólida que a resposta está assegurada: "Não. Continuo a dever 100 francos a Jacques e nada a Paulo". É de concluir-se que aquele, face ao qual me havia obrigado, era composto de Jacques menos seu rim. Não me havia obrigado em relação ao rim que Jacques possuía naquele dia, da mesma forma como não me havia obrigado com seu casaco, o qual — desde então — ele dera a um pobre.

Retomeimos o caso da venda de El Zorab: Jacques retorna no dia seguinte para exigir seu rim. Invoca os mesmos argumentos: este rim foi criado e formado por mim (isto, aliás, não é verdade, os planos provêm de seus pais e de mais longe), amo-o como a mim mesmo, estávamos habituados e adaptados um ao outro.

No entanto, a doação foi regular (provavelmente uma doação manual) e será irrevogável, salvo ingratidão, etc.. Jacques poderá invocar, no máximo, vestígios da idéia de necessidade ou de mínimo vital que se encontram na legislação ou na jurisprudência, e a hipótese de, por exemplo, a ausência do rim causar determinados incômodos ao doador. Não estando a vida de Jacques de nenhuma forma ameaçada, enquanto a de Paulo depende do rim transplantado, a idéia de necessidade produzirá efeitos contra Jacques. E as coisas provavelmente permanecerão no mesmo estado, já que houvera doação regular.

Em contraposição, eis um problema semelhante, suscitado não para os juristas, mas para o pensamento filosófico e os próprios interessados. Imaginemos um homem apaixonado por uma mulher. Suponhamos com verossimilhança que o transplante de uma mão seja já possível. Por uma razão qualquer, esta mulher sacrifica sua mão em favor de uma amiga. O transplante alcança êxito e a mão vive agora em outra mulher. Nenhuma dificuldade jurídica quanto às dívidas existe: elas não seguirão a mão. Mas, e o amor do homem? Dividir-se-á ele entre Constance e Camila? Serão necessários a experiência e o pensamento de várias gerações para que nos instalemos nessas novas condições de vida.

Guardemo-nos entretanto, de crer que o desaparecimento da apropriação ancestral, ligando ciosamente um homem a uma parcela de matéria (ou mesmo a um pedaço de seu corpo) acarreta uma desvalorização da matéria exterior ao corpo e menos ainda, o rebaixamento da matéria que forma o mínimo vital do corpo. A simples gota d'água (esta ou outra), alcançada ao homem que morre de sede no deserto, conserva seu infinito valor. Trata-se de matéria, mas de uma matéria assumida pela moral e feita para proteger a vida.

Deve-se sobretudo evitar considerar a desintegração dos antigos laços com a matéria uma sombra terrível que se estende sobre a nossa civilização e como um fim do mundo. Soubemos já renunciar às ninfas das águas e à fada eletricidade. Como dizia este maravilhoso personagem de Conrad, em *Lord Jim*: "uma verdade a mais não é feita para tornar a vida impossível". Aquela verdade — efetivamente — está bem próxima do essencial. Se não se pudesse ver mais longe do que ela, não

se teria, provavelmente, a coragem de pensar nela. Porém, longe de me parecer um fim, não posso evitar de considerá-la um novo início. Se o episódio da cessão de uma mão humana termina este estudo, inicia o trabalho que tentei consagrar a estas questões (*). "O físico foi obrigado três ou quatro vezes desde há vinte anos a reconstruir sua razão e, intelectualmente falando, a refazer sua vida", escreve Bachelard (9). Chegou agora o momento para os moralistas e os juristas refazerem, a seu turno, uma vida nova.

(9) G. Bachelard — *Le nouvel esprit scientifique*. Paris, 1949, p. 178.

A INFLUÊNCIA DO DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL SOBRE O DIREITO DE VIZINHANÇA (*)

FRITZ BAUR

Professor de Direito Processual Civil da
Universidade de Tübingen, Alemanha.

I. A concepção da propriedade nos diferentes direitos ocidentais é oriunda, em grande parte, do direito romano. Esta concepção estabelece como princípio fundamental o caráter absoluto do direito de propriedade. O proprietário pode então proibir qualquer intervenção relativamente aos seus bens. Isto é também e sobretudo válido para os imóveis. Entretanto, já os juristas romanos sabiam que uma aplicação sem limites deste princípio tornaria praticamente impossível a fruição da propriedade, pois apenas no plano ideal se poderia conceber que o uso de um imóvel não afeta, de uma forma ou outra, seus arredores. Assim, o uso dos imóveis implica necessariamente na existência de certas obrigações recíprocas de tolerância. É evidente que o direito deve levá-las em conta; a ele incumbe codificar este direito de vizinhança, e, em particular, fixar em que medida tais obrigações de tolerância são necessárias.

Ao tempo de uma economia agrária, esta regulamentação não apresentava dificuldade. A leitura de velhos textos de lei, pode-se constatar que se tratava sobretudo de estabelecer relações racionais entre os proprietários de imóveis no que diz respeito à exploração dos terrenos.

A crescente industrialização modificou esta situação. Ao lado da agricultura, a indústria se torna um fator cada vez mais poderoso. A ação, que uma empresa industrial pode exercer sobre um terreno vizinho, corre o risco de ser completamente diferente e de uma intensidade bem maior do que se conhecia anteriormente.

(*) Tradução da conferência "L'influence du développement industriel sur le droit de voisinage" (proferida em São Paulo, em setembro de 1975), autorizada pelo autor. Tradução de Verena Nygaard Becker.

Desde então, tornou-se impossível regulamentar a justaposição de explorações agrícolas, bairros industriais e residenciais, com os procedimentos habituais do direito de vizinhança. Era necessário tentar reduzir, na medida do possível, os inconvenientes devidos às indústrias no que diz respeito a gênero e proporções. Na medida em que isto não era possível, tratava-se de encontrar um princípio de compensação entre os interesses dos diversos grupos de proprietários.

Não obstante os esforços empreendidos neste plano desde várias décadas, é preciso render-se à evidência de que os danos causados pela atividade industrial adquirem uma importância cada vez maior. Para ilustrá-lo, basta mencionar a poluição do ar, a poluição dos cursos d'água, assim como os malefícios da radioatividade, exemplos que estão na ordem do dia. Os perigos que daí resultam para outros grupos humanos, e mesmo para a totalidade da população, se tornam tão eminentes que o apelo ao legislador se fez ouvir em numerosos países.

Na República Federal da Alemanha, recentemente o legislador tentou remediar esta situação. Minha intenção é de proporcionar-vos, no que segue, uma vista de conjunto desta regulamentação. Em direito alemão, esta regulamentação se situa em dois planos: de um lado, no plano do direito público, em particular no direito industrial, e de outro, no direito privado, onde deu lugar a novas disposições relativas ao direito de vizinhança.

II. O direito industrial submete certas empresas industriais a uma autorização especial, que deve ser obtida previamente. Esta exigência concerne às empresas que, por sua natureza, afetam particularmente a sua vizinhança ou a comunidade. Trata-se, por exemplo, das usinas de produtos químicos, das siderúrgicas, das fábricas de cimento e, recentemente, dos centros atômicos e dos estabelecimentos que exploram os isótopos dos elementos radioativos. Antes de construir uma tal usina ou empresa, o proprietário deve submeter os planos às autoridades competentes, indicando o gênero de produção visado e as proporções que a produção atingirá. Incumbe então às autoridades competentes vigiar para que sejam previstas instalações eficazes que impeçam, na medida do possível, os danos ou incômodos que a empresa poderia causar à vizinhança ou à comunidade. As autoridades competentes decidem, ainda,

quais as medidas necessárias após consulta aos proprietários vizinhos. O proprietário da empresa submetida a este procedimento não tem o direito de pôr em funcionamento sua usina senão após ter-se conformado à decisão das autoridades competentes. As dificuldades que podem surgir a este propósito são evidentes. O crescimento da população obriga a aumentar a produção industrial e a criar novas empresas. Ora, freqüentemente, uma nova usina se estabelece em regiões outrora puramente agrícolas. É um fenômeno que podemos constatar no mundo inteiro: o espaço concedido à agricultura vai sendo gradativamente reduzido em proveito da indústria. De outro lado, o interesse geral exige que a produção agrícola seja mantida e mesmo aumentada.

Neste plano, é preciso que se mencione um outro fenômeno. Torna-se necessário construir, sem cessar, novos bairros residenciais. Na medida do possível, procura-se construí-los a uma certa distância da vizinhança. Para chegar até aí, é preciso, portanto, além da autorização especial do direito industrial, que um plano em escala regional organize previamente uma sã repartição entre zonas industriais, regiões agrícolas e bairros residenciais. Tal plano importa necessariamente em certas limitações ao direito de propriedade. Os proprietários de imóveis são, em regra geral, pouco compreensivos neste particular. Entretanto, mesmo quando um plano razoável é elaborado, tendo-se exigido das empresas industriais o máximo de instalações protetoras, torna-se impossível evitar completamente que o funcionamento de tal ou qual usina cause certos danos aos imóveis vizinhos. Uma das razões disso — e não a menor — é que os dispositivos protetores dos quais dispõe a indústria, freqüentemente não estão ainda à altura do progresso técnico alcançado alhures.

Eis aqui um exemplo típico para ilustrar o que acabo de referir. Os cursos d'água, na Alemanha, estão cada vez mais poluídos por detergentes escoados pelas indústrias de produtos químicos e outras. Ora, não se conseguiu ainda encontrar procedimentos químicos satisfatórios que paralisassem completamente a ação nociva destes detergentes. Isso conduz ao paradoxo de que a indústria química hoje torna possível uma higiene perfeita, mas ainda não está à altura de suprimir a poluição dos cursos d'água que é conseqüência desta mesma higiene. As autoridades administrativas, que devem decidir quanto à autoriza-

ção para a construção de empresas desta espécie, não têm, frequentemente, senão a escolha entre a autorização incondicionada e a interdição. Instalações técnicas destinadas a impedir completamente as consequências nocivas não existem ainda senão numa medida restrita.

Este dilema mostra que a regulamentação no plano jurídico depende do desenvolvimento dos remédios, isto é, das instalações técnicas adequadas. A única possibilidade que temos atualmente é obrigar a indústria, através dos meios apropriados, a tomar todas as medidas protetoras ao seu alcance.

As providências a serem tomadas contra os perigos da utilização da energia atômica são de particular atualidade. Numa lei promulgada recentemente, a República Federal da Alemanha previu condições muito severas para a autorização de tais empresas. A pesada responsabilidade, que esta lei comina aos proprietários destas empresas em caso de dano, revela que o legislador parece estar pouco confiante quanto à eficácia daquelas medidas preventivas. A amplitude eventual dos danos é tão grande que a intervenção do Estado se torna indispensável. Em consequência, a lei obriga o Estado ao pagamento de perdas e danos, se a reparação dos danos ultrapassar as possibilidades da empresa em questão. A República Federal da Alemanha obrigou-se a pagar perdas e danos até o limite de 500 milhões de marcos.

Em resumo, pode-se dizer, portanto, que as disposições do direito industrial trazem uma certa proteção contra as consequências das empresas industriais, mas que não é ainda possível afastar completamente, e sempre, os efeitos no plano técnico e econômico. Uma vez autorizada a instalação da empresa, o proprietário de um terreno vizinho não pode mais reclamar, por via de ação, que a empresa cesse a produção. Ele somente está legitimado a pleitear uma indenização em caso de prejuízo. Não podendo, portanto, intentar a *actio negatoria*, resta apenas a ação de responsabilidade.

III. A regulamentação, no direito privado, contida no § 906 do BGB, concerne às relações entre propriedades vizinhas, no plano do direito civil. A disposição do § 906 admite de forma implícita o caráter absoluto

do direito de propriedade e parte da idéia de que dele decorre em princípio o direito de impedir qualquer atentado prejudicial, através dos meios do direito privado.

No interesse de um uso racional das propriedades, entretanto, este princípio deve sofrer exceções. É por isso que o § 906 estipula que a ação dos gases, vapores, fumaça, fuligem, etc. . . ., não pode ser proibida, se não é prejudicial de forma grave ao uso da propriedade em causa. Isto significa que as emanações, que se é comumente obrigado a aceitar na vida em sociedade, não autorizam o proprietário do terreno atingido pelas mesmas a recorrer à *actio negatoria*. Em compensação, é muito mais difícil resolver a questão quando se trata de interferências realmente importantes mas admitidas pelo uso local.

Eis aqui exemplos para ilustrar o conflito em questão. Deve o proprietário de um núcleo de exploração agrícola, situado numa região industrial, aceitar que certas plantas sejam destruídas por gases químicos de uma empresa vizinha? Ou então, devem os habitantes de um bairro aceitar que não possam arejar seus apartamentos porque a fumaça e a fuligem lançadas por uma grande siderúrgica causariam prejuízos imediatos para seus móveis, roupas e saúde?

Segundo o direito em vigor até hoje, era necessário suportar estas consequências do desenvolvimento industrial, na medida em que o costume local as tornou lícitas. Isto significa que não apenas a agricultura, mas também os bairros residenciais, eram os prejudicados. Os costumes locais primavam sobre os interesses individuais dos proprietários. Por uma modificação do § 906 do BGB, esta regulamentação foi abolida em favor de princípios novos.

Os proprietários de imóveis vizinhos não são obrigados a suportar tais consequências, admitidas pelo uso local, senão quando não é possível evitá-las graças a medidas técnicas que, no plano financeiro, podem razoavelmente ser exigidas. Isto significa que o proprietário de uma empresa industrial não pode mais contentar-se com provar que as consequências prejudiciais acarretadas por sua empresa são conformes ao uso local. É necessário que prove também que não está ao seu alcance remediar este estado de coisas por medidas apropriadas e super-

táveis no plano financeiro. Isto me parece ser um progresso considerável. De um lado, obriga indiretamente os proprietários de empresas industriais a criar instalações técnicas apropriadas para impedir os danos; de outro lado, na ausência das instalações técnicas, os proprietários vizinhos podem pedir, seja uma indenização por perdas e danos, seja a cessação da atividade que lhes causa prejuízo. Até hoje, a referência ao uso local prejudicava os interesses individuais dos proprietários vizinhos, vítimas dos danos. Hoje não ocorre mais o mesmo, a menos que o proprietário da empresa responsável prove que não lhe foi possível impedir os danos através de instalações técnicas adequadas.

Este primeiro aperfeiçoamento do nosso Código Civil é completado por um segundo. O proprietário, vítima de uma importante ingerência que deve entretanto ser tolerada porque corresponde ao uso local e não pode ser impedida por razões de ordem técnica — este proprietário, dizia, pode pedir, em compensação, perdas e danos segundo a equidade, se a ingerência em questão entrava a exploração de seu terreno ou o rendimento deste, para além da medida.

Permitam-me expor-lhes esta situação à luz de um exemplo. No limite de uma região industrial encontra-se desde longa data, uma exploração agrícola. Embora especializada na cultura de produtos pouco suscetíveis de se deteriorarem devido aos gases emanados das empresas vizinhas, uma certa parte da produção agrícola é destruída cada ano. As empresas de produtos químicos da vizinhança correspondem ao caráter geral da região. Admitamos que seus proprietários possam provar que tomaram todas as medidas técnicas possíveis a fim de prevenir danos, os quais não podem ser, todavia, completamente evitados devido a razões técnicas. Isto significa que o proprietário do núcleo da exploração agrícola nada pode contra o fato de que danos lhe são infringidos de forma permanente. Deve suportá-los. Mas a lei lhe concede um crédito de compensação se os danos sofridos excedem o limite do que razoavelmente se pode exigir dele. Dito de outra forma, a empresa industrial é obrigada a indenizar o proprietário do núcleo agrícola.

Do ponto de vista dogmático, é interessante constatar que esta regra repousa sobre a idéia de sacrifício. Em direito público, conhecemos desde longa data o princípio da repartição dos encargos públicos,

segundo o qual aquele que deve sacrificar seus interesses privados em favor de um interesse geral, tem direito a uma compensação equitativa. É necessário, naturalmente, que se trate de um sacrifício de caráter especial e não geral. Esta idéia é transposta aqui ao direito privado no domínio do direito de vizinhança. Aquele que deve tolerar uma empresa industrial na sua vizinhança, embora ela exerça uma ação nefasta sobre seu terreno, pode exigir uma compensação, se os efeitos o atingem, além de uma medida razoável. Este princípio hoje consagrado pela lei fora anteriormente desenvolvido pela jurisprudência. Os tribunais, com efeito, julgaram que uma obrigação bilateral resultava da comunidade criada pelo fato da vizinhança. Assim os tribunais julgaram que a ruína de uma exploração agrícola provocada por uma empresa industrial devia originar a indenização por perdas e danos. Esta é a idéia que guiou o legislador. Todavia, é preciso assinalar que a lei vai mais longe do que as soluções encontradas pela jurisprudência, já que não mais é necessário que a empresa ameaçada seja atingida ao ponto de estar próxima da ruína, nem mesmo que sua existência esteja em jogo. Basta que o prejuízo ultrapasse a medida equitativa.

IV. Neste contexto, é necessário referir uma outra reforma de nossos códigos, concernindo em particular à poluição das águas. Como já tive ocasião de mencionar anteriormente, na Alemanha, como alhures, a água dos rios está cada vez mais poluída e mesmo envenenada pelas usinas de produtos químicos, tinturarias, lavanderias etc. ... Fauna e flora destes rios perecem. Que se olhe o Reno em Düsseldorf, por exemplo, e se verá como se trata de uma massa preta e nauseabunda. Não resta grande coisa do Rio real. É inútil descrever-lhes os perigos resultantes da poluição dos nossos cursos d'água. No passado, as autoridades certamente fizeram prova de uma grande negligência, porque deveriam ter zelado, no momento de conceder autorização àquelas empresas, para que fossem despejadas nos rios somente as águas que tivessem sofrido previamente um tratamento com o objetivo de purificá-las, ao menos em certa medida. Graças à reforma do direito industrial, as autoridades competentes têm agora a possibilidade de tomar as medidas adequadas. Além disso, uma disposição oriunda do direito privado igualmente tem chances de conduzir a uma melhora da situação. Esta disposição estabelece que, quem despeja águas sujas ou outras matérias num rio, deve reparar os danos que daí resultem. Isto não somente significa que os

pescadores poderão pleitear a reparação dos danos causados aos peixes, mas ainda, que toda pessoa que sofre um dano material pelo fato da poluição das águas, pode fazer valer um tal crédito. Não é necessário provar a culpa daquele que despeja as águas sujas. Trata-se portanto da assim chamada responsabilidade pelo risco. Ela terá por efeito, assim esperamos, compelir as empresas a não evacuar senão águas previamente purificadas. Isto obriga, naturalmente, a abandonar a idéia de que os orçamentos relativos às instalações preventivas possam permanecer relativamente modestos, como era o caso, freqüentemente. Pensava-se até agora, que somas relativamente pouco elevadas seriam suficientes para este efeito. Dado o estado de poluição das águas, e igualmente do ar, tal concepção não é mais admissível.

V. Ao longo desta exposição, quis mostrar-lhes que o desenvolvimento industrial suscita certos problemas referentes ao direito de vizinhança, e tentei indicar de que maneira procurou-se resolver estas questões na República Federal da Alemanha.

Gostaria agora de chamar sua atenção para dois aspectos de ordem geral relativos ao regramento em direito alemão. Trata-se do seguinte:

1. O primeiro aspecto poderia ser intitulado “a coincidência do direito privado e do direito público”.

A fim de melhorar a situação que descrevi anteriormente, o legislador se empenhou em duas vias diferentes. A primeira, representada pelo direito público, confere ao Estado a possibilidade de obrigar os proprietários, através de procedimentos de direito público, a providenciarem certas instalações técnicas de proteção. A segunda via, por intermédio do direito privado, parte da garantia de que goza tradicionalmente a propriedade privada. Esta garantia é destinada em primeiro lugar a proteger os proprietários de um terreno contra os danos que podem provocar as empresas industriais das imediações. Indiretamente chega-se assim também à proteção da comunidade. Um empresário, proprietário de uma empresa industrial, que deverá temer as reivindicações dos seus vizinhos, se encontra, no seu próprio interesse, forçado a tomar as medidas técnicas necessárias para limitar ou suprimir os riscos de danos que ameaçam sua vizinhança ou a comunidade.

Estamos, portanto, em presença de um novo exemplo de uma manifestação que conhecemos bem aliures. O direito privado, colocado ao serviço de interesses públicos, sai sempre mais do seu terreno originário. A oposição formal estabelecida entre o direito público, de um lado, e o direito privado, de outro, dissolve-se em vários pontos e conduz a uma estreita comunicação entre os dois ramos do direito. Observemos, de passagem, que tal situação deve conduzir a ciência jurídica a uma renovação da construção dogmática. Esta deveria levar em consideração que as diversas disciplinas de direito — até agora estritamente separadas — devem ser consideradas como um conjunto, como uma unidade. Nosso tema disso nos dá um exemplo evidente: no que se refere ao direito de vizinhança, nem o direito público, nem o direito privado são, separadamente, decisivos. O plano geral que está em vigor para a exploração de uma região e as medidas que as autoridades devem tomar relativamente a um caso concreto, como a construção e exploração de uma empresa, tudo isto cai sob o direito público. Todavia, os planos e as decisões administrativas têm influência sobre o direito civil, o qual regula as relações de vizinhança. Por isso, as autoridades, ao estabelecerem planos e ao previrem medidas concretas, devem respeitar os direitos civis dos proprietários em questão. Omitida esta formalidade, o plano e as medidas previstas poderiam assumir o caráter de uma desapropriação, submetida à indenização.

Acrescentemos aqui uma outra reflexão: ela concerne à fruição da propriedade imobiliária. Mesmo aquele que reconhece o caráter absoluto da propriedade deve admitir que o gozo da propriedade é igualmente submetido a dados reais e legais no caso concreto, que são decisivos para esta mesma propriedade. A doutrina alemã fala de “Sozialbindung des Eigentums”, isto é, de uma obrigação social da propriedade. Ora, é de grande importância dogmática e prática estabelecer a extensão desta obrigação social. Isto porque, segundo a Constituição alemã, a desapropriação é admitida unicamente na base de uma lei prevendo a indenização. Em contraposição, é necessário discernir estritamente a obrigação social imanente à propriedade imobiliária, cujo conhecimento fizemos, falando do direito de vizinhança: o proprietário deve arcar com esta obrigação sem indenização. É evidente que a administração deseja estabelecê-la num sentido muito largo, enquanto que o pro-

prietário em questão fará esforços para restringir, tanto quanto possível, seu quadro. Incumbe portanto à jurisprudência encontrar-lhe os limites equitativos.

2. O segundo aspecto de ordem geral que gostaria de assinalar poderia intitular-se "A técnica moderna e o direito".

A aceleração da evolução técnica obriga o legislador a repensar constantemente os problemas jurídicos que dela resultam. A tarefa do direito deve, portanto, dirigir-se aqui em dois sentidos: primeiramente, o legislador não deve prejudicar o progresso da ciência, nem a aceleração da produção industrial que dele resulta; deve mesmo criar o quadro que torne tal desenvolvimento possível. Unicamente o aumento do potencial econômico e social constitui a base necessária para uma população de existência humana digna. Em segundo lugar, incumbe ao legislador proteger o indivíduo, assim como a comunidade, contra os perigos que poderiam resultar daquele mesmo progresso técnico e do desenvolvimento industrial.

Esta é uma observação, no fundo, absurda, mas não obstante, justa: em princípio, segundo o bom senso, a evolução da técnica moderna deveria, no fim das contas, aproveitar a todos. Mas este ponto de vista ditado pela razão não foi senão por demais freqüentemente negligenciado no passado. Resulta daí esta consequência curiosa de que o indivíduo deve ser protegido contra os efeitos do progresso técnico do qual deveria, entretanto, se beneficiar.

A legislação se encontra, portanto, em face desses problemas opostos, e seguidamente deve enfrentar uma tarefa por assim dizer insolúvel. Durante muito tempo começando pela utilização dos transportes ferroviários — a tarefa do legislador era, antes de tudo, repressiva: devia tomar as medidas para que o indivíduo, que sofrera consequências negativas devido ao desenvolvimento da técnica moderna, fosse indenizado em espécie. Era assim o momento do nascimento da "responsabilidade sem culpa". Entretanto, cada vez mais se impõe a idéia de que isto não é suficiente e que medidas, de preferência preventivas, serão indispensáveis para impedir tais danos. Estes necessitam ser pla-

nificados de uma forma previdente em escala geral, exigindo, por outro lado, medidas concretas concernentes ao estabelecimento e à colocação em funcionamento das empresas perigosas. Esta função protetora do direito assume em nossos dias uma importância cada vez maior. Obriga-nos a reflexões novas, reflexões que deverão combinar a imaginação dos pesquisadores e o espírito de análise crítica do jurista.

ESTADOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS E DIREITO FORMATIVO. O PROBLEMA DA CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS POR SEUS EFEITOS

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER

Livre docente de Direito Processual Civil da
Faculdade de Direito de Porto Alegre, Uni-
versidade Federal do Rio Grande do Sul.
Consultor-Geral do Estado do Rio Grande
do Sul.

I - ESTADOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

SUMÁRIO: 1. Transformações operadas pela sentença. 2. Atos devidos e atos permitidos. 3. Transformações. 4. Transformações fáticas e transformações jurídicas. 5. Regulação jurídica das relações interpessoais. 6. Estados jurídicos fundamentais. 7. Estado de poder e sujeição. 8. Estado de crédito e débito. 9. Estado de negação. 10. Transformações da relação jurídica.

1. A sentença é ato jurídico. Portanto, produz efeitos jurídicos.

A sentença é o ato que põe termo ao processo. Portanto, não é um ato isolado: é o último ato de uma série de atos denominada **procedimento**.

Por isso, os efeitos da sentença não são efeitos imputáveis exclusivamente à sentença. São antes efeitos **do processo**.

A sentença, porque põe termo ao processo, é o ato ao qual se imputam os efeitos do processo. Tal como se imputássemos ao apito final do juiz o resultado de uma partida de futebol. Mas bem sabemos que não é o apito do juiz que determina o resultado da partida. Ele apenas marca o momento em que um determinado resultado, até então sujeito às variações do jogo, se torna definitivo.

No direito processual não vemos as coisas tão claramente e, por isso, é preciso chamar a atenção para o fato de que os efeitos da sentença não são rigorosamente efeitos da sentença, mas sim efeitos do processo.

A sentença é tão só **um dos atos** do processo. É, em geral, o ato mais importante, porque contém em si mesma um resumo de todo o processo: o pedido do autor, a resposta do réu e o registro das principais ocorrências havidas no seu andamento (Cód. Proc. Civil, art. 458, I). Nem sempre, porém, é o ato mais importante do processo: na execução, por exemplo, a penhora, a arrematação e a entrega do produto ao exeqüente, são, sem dúvida, mais importantes do que o ato com que o juiz declara extinta a relação processual (Cód. Proc. Civil, art. 795).

Extinto o processo, permanecem os seus efeitos. Isso quer dizer que o processo produz **transformações**. Transformações **jurídicas**. Para se determinar as transformações produzidas pelo processo, é preciso que se compare aquilo que havia **antes** dele com o que passa a existir **depois** dele. As diferenças ou variações assinaláveis são os efeitos do processo que, como vimos, são geralmente imputados à sentença.

Transformação é mudança, movimento, dinamismo. Para que haja transformações é preciso que exista algo mutável, porque observar uma transformação implica em comparar um antes com um depois, considerados estaticamente. Estática e dinâmica são dois contrários que se explicam mutuamente. Não se compreende um sem se compreender o outro. Por isso é que o estudo das transformações produzidas pelo processo deve necessariamente partir do estudo dos **estados jurídicos**. Dada a impossibilidade de estudá-los a todos, por causa de sua infinita variedade, devemos contentar-nos com o estudo dos **estados jurídicos fundamentais**.

Enfrentemos, pois, essa tarefa, partindo de noções extremamente singelas para, a final, compreender as mais complexas.

2. De cada ato humano é possível pensar o seu contrário:

matar, não matar;
comer, não comer;
derrubar a árvore **x**, não derrubar a árvore **x**;
pagar a dívida **y**, não pagar a dívida **y**;
dirigir com prudência, dirigir imprudentemente.

Assim, cada ato humano tem variedade igual a dois. Podemos representá-la pelos sinais + e — (mais e menos). Portanto, + será o símbolo de **fazer** e —, o símbolo de **não fazer**.

Um homem pode estar sujeito à norma (jurídica, religiosa, moral ou técnica) que lhe prescreva o que deve fazer ou não fazer. Tal norma lhe dirá que deve praticar determinado ato, ou que lhe é proibido praticar o ato, ou ainda, silenciando, lhe permitirá praticá-lo ou não. A variedade, aqui, é igual a três. Vamos representá-la assim:

$d +$ = dever fazer, ato devido positivo;
 $d -$ = dever não fazer, ato devido negativo, proibição;
 $\check{d}$ = ato permitido (não ordenado).

O símbolo **d**, isoladamente (não seguido do sinal **mais** ou **menos**) indicará dever não especificado (podendo, pois, tratar-se de ato devido ou de ato proibido. Sempre, porém, se tratará de **dever**, e não de permissão ou faculdade).

Havendo necessidade de distinguir deveres diferentes, usaremos as expressões d_1 , d_2 , d_3 e assim por diante. Identicamente, havendo vários atos permitidos ($\check{d}_1$, $\check{d}_2$, $\check{d}_3$, ...).

3. Um ser pode ser observado em dois momentos distintos, que podemos chamar de **momento 1** e de **momento 2**; ou **antes** e **depois**. Exemplo: estado de João antes de fazer regime para emagrecer: gordo; depois do regime: magro.

gordo $\longrightarrow$ magro.

A flecha representa, aí, a **transformação** observada. Em linguagem de cibernética, gordo é o **operando**; magro o **transformado**.

operando $\longrightarrow$ transformado.

Transformação é diferença observada. Se a diferença é igual a zero, diz-se que a transformação é **idêntica**. Exemplo: João era gordo e continua gordo.

A idéia de transformação idêntica não implica em absurdo algum. Em primeiro lugar, porque a transformação implica em modificação pelo menos da dimensão temporal; em segundo lugar, porque apenas a deficiência do observador é que o faz ver identidade absoluta. A árvore que ontem estava aqui e continua hoje no mesmo lugar, na verdade não está no mesmo lugar, porque, entretanto, a terra se movimentou em torno do sol. Além disso, transformação é símbolo convencional de uma idéia e nada nos impede de convencionar que a idéia simbolizada pelo som **transformação** seja suficientemente ampla para conter a espécie **transformação idêntica**.

“Uma transformação importante, capaz de ser rejeitada pelo principiante como uma nulidade”, diz ASHBY, “é a transformação **idêntica** na qual não ocorre mudança e cada transformado é igual ao seu operando.” (ASHBY, W. Ross. **Uma Introdução à Cibernética**. São Paulo, Perspectiva, 1970. p. 17).

Essas mesmas idéias são expostas por CARNELUTTI, embora numa linguagem diversa:

“... o fato resolve-se numa multiplicidade de situações, a primeira e a última das quais podem chamar-se (...) situação inicial e situação final. Entre uma e outra há um grupo mais ou menos numeroso de situações intermédias, que constituem o ciclo do fato.

A situação inicial adapta-se o nome de princípio do fato. Este é o ponto de partida do ciclo.

A situação final dá-se o nome de evento (...). Evento é precisamente aquilo que veio de qualquer coisa, e, por tal razão, a última situação, vinda das precedentes.

Para que o grupo das situações, situação entre o princípio e o evento, constitua um fato, ou melhor, para que duas situações constituam respectivamente o princípio e o evento de um fato, é necessária, outrossim, uma ligação entre elas. Esta ligação é precisamente uma relação (...)

É assim que a noção de fato se resolve em dois elementos: situação e relação. E visto que o primeiro destes dois elementos é de nós já conhecido, convém que observemos o segundo. Trata-se (...) de uma relação entre situação e situação, isto é, de uma relação exterior à situação.

Pode suceder que as situações, ainda que múltiplas, formal e espacialmente sejam idênticas e invariáveis. A coincidência formal e espacial entre o princípio e o evento não exclui o fato. É esta uma reflexão de notável importância para a teoria da realidade e para a teoria do direito. Na verdade, tal coincidência não exclui a pluralidade das situações e a sua ligação, que é uma ligação puramente temporal.

Ao fato que consiste numa sucessão de situações idênticas, proponho que se chame fato temporal. Este é o primeiro tipo de fato e o mais simples. Se se atenta em que, em cada fato, do princípio ao evento, há sempre necessariamente qualquer coisa que muda, ou, em outros termos, qualquer coisa que devém, neste tipo o que muda de situação para situação é apenas a dimensão temporal. Este fato é, por tal motivo, um fato a uma (única) dimensão.

A expressão do fato puramente temporal é o que se chama duração. (...). Entendo que se pode atribuir uma certa importância, para a teoria do direito, ao reconhecimento de que a própria duração é um fato.” (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Rodrigues Queiró. São Paulo. Saraiva, 1942. p. 54-7).

4. É preciso distinguir, com extremo rigor, o plano dos fatos (plano fático) do plano das normas (plano jurídico ou normativo). Uma coisa é dever fazer; outra coisa é fazer efetivamente. Uma coisa é dever matar, outra coisa é matar. Temos, portanto, necessidade de não apenas distinguir o **antes** do **depois**, como também de distinguir os planos fático e normativo. Para significar que o ato foi ou não praticado, usaremos também e respectivamente os sinais + e —, **antecedendo**, porém, o símbolo indicativo de dever ou permissão.

Teremos, então:

- 1) + d + = praticar o ato devido positivo, obedecer;
- 2) + d — = praticar o ato proibido, desobedecer;
- 3) — d + = não praticar o ato permitido positivo, não fazer;
- 4) — d — = não praticar o ato proibido, obedecer.

As expressões 1 e 4 são equivalentes. Também são equivalentes as expressões 2 e 3.

De igual forma, teremos:

- 5) + ~~d~~ + = praticar o ato permitido positivo, fazer;
- 6) + ~~d~~ — = praticar o ato permitido negativo, não fazer;
- 7) — ~~d~~ + = não praticar o ato permitido positivo, não fazer;
- 8) — ~~d~~ — = não praticar o ato permitido negativo, fazer.

As expressões 5 e 8 são equivalentes. Também são equivalentes as expressões 6 e 7.

Observe-se que todo fato do mundo fático produz efeitos fáticos. Até mesmo uma declaração de vontade. Se escrita, garatujas num pedaço de papel são efeitos fáticos de declaração. Se oral seus efeitos fáticos são ondas sonoras que são percebidas pelos que ouvem e que, de algum modo, ficam gravadas no cérebro dos ouvintes. São os efeitos fáticos dos fatos jurídicos que possibilitam a sua prova, o que é de capital importância para o Direito e, particularmente, para o processo.

5. Até aqui nos mantivemos no amplo campo das normas em geral (religiosas, morais, técnicas ou jurídicas). Para ingressarmos no campo especificamente jurídico, é preciso que passemos a considerar também um **alter**, isto é, um **outro** homem. Não podemos mais nos contentar com observar um homem em face de uma norma, porém é preciso que consideremos um homem em face de uma norma e de outro homem.

Um homem, ainda que só, pode estar sujeito a norma religiosa, técnica ou moral que lhe prescreva o que deve e o que não deve fa-

zer. O Direito, porém, regula relações interpessoais. Portanto, para que exista norma jurídica (assim como para que exista norma de cortesia), é preciso que exista um outro e, entre ambos, uma relação. Por isso, um homem só não pode estar sujeito a norma jurídica.

De que modo regula o Direito relações interpessoais? Já o sabemos: proibindo, mandando ou permitindo que se pratiquem atos. Trata-se, agora, de determinar os estados jurídicos fundamentais. Os elementos com que devemos jogar são: o ato; a qualificação do ato como devido, proibido ou permitido e finalmente, o **outro**.

6. Na primeira tentativa de caracterizar os estados jurídicos fundamentais, incidiu o mesmo erro de CARNELUTTI: considerar, ao mesmo tempo, dois atos: por exemplo, a faculdade de fazer, contraposta ao correlativo dever de não impedir; o poder de mandar contraposto ao correlativo dever de obedecer (CARNELUTTI. Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo, Saraiva, 1942. p. 253 e ss.). Verifiquei, posteriormente, que é mais acertado considerar um único ato de cada vez. A análise ganha, assim, maior precisão e unidade.

Consideremos um ato determinado qualquer: o do carrasco que tem o dever de matar um outro homem, condenado a morrer na cadeira elétrica. CASSIANO RICARDO consola o condenado: "Teu eletrocutor será gentil; mais que gentil. Exato. E te fará morrer tão amistosamente como quem — num jardim — colhe uma flor". Entretanto, por mais gentil que seja o ato, ninguém poderá obscurecer o fato de que o condenado é o sujeito passivo do ato, ainda que (dirá o jurista) não exista relação jurídica entre o condenado e o eletrocutor.

Uma outra hipótese: o autor, na execução, pede que o juiz pratique o ato denominado **penhora**. Se presentes os pressupostos legais, o juiz tem o dever de praticar o ato. Quem pratica o ato é o juiz (através do oficial de justiça). Quem sofre os efeitos do ato é o executado. Mas existe ainda um terceiro, que é o exequente, cujo interesse é tutelado pela norma jurídica que impõe ao juiz dever de praticar esse ato determinado que é a penhora. No caso antes considerado de condenação à morte, o interesse tutelado pela norma é o do Estado ou da sociedade. E isso nos mostra o caminho a seguir: não basta considerar os

dois sujeitos, ativo e passivo do ato; é preciso ainda considerar a eventual existência de um sujeito, cujo interesse é tutelado pela norma que ordena, proíbe ou permite a prática do ato.

A análise nos revela que, nos casos citados, nos encontramos em face de **estados jurídicos complexos**. Decompondo-os, encontramos os **estados jurídicos fundamentais**.

Ora, temos três sujeitos a considerar: a) o sujeito ativo do ato: aquele que deve ou que não deve praticar o ato ou a quem se permite a prática do ato; b) o sujeito passivo do ato: aquele que sofre os efeitos fáticos da ação ou omissão do sujeito ativo do ato; e, finalmente, c) o beneficiado: aquele cujo interesse é tutelado pela norma que ordena, proíbe ou permite a prática do ato. Em consequência, também temos três relações a considerar: ab) a relação entre o sujeito ativo do ato e o sujeito passivo do ato; ac) a relação entre o sujeito ativo do ato e o beneficiado; e, finalmente, bc) a relação entre o sujeito passivo do ato e o beneficiado.

Prosseguindo na análise, constatamos que apenas as duas primeiras dessas relações podem ser consideradas como correspondentes a estados jurídicos fundamentais: 1.º, porque, na terceira relação, confrontamos o sujeito passivo do ato com o beneficiado, ficando de fora o sujeito ativo do ato e, portanto, o próprio ato e 2.º, porque a relação entre o sujeito passivo do ato e o beneficiado não é senão um reflexo das outras duas: corresponde, portanto, a um estado jurídico **derivado**!

7. O estado jurídico do sujeito ativo do ato em face do sujeito passivo do ato ou (o que é o mesmo) do sujeito passivo do ato em face do autor do ato será denominado **estado de poder e sujeição**: (p, s). Não importa, aqui, se o ato é apenas permitido ou se se trata de ato devido. Entretanto, se houver necessidade de indicar que se trata de uma ou de outra hipótese, substituiremos a letra p por *d* ou *d*, respectivamente.

Portanto: (p, s) significa estado de poder e sujeição, sem que se saiba se ao titular do poder apenas é permitido praticar o ato ou se,

pelo contrário, lhe cabe o dever de praticá-lo; (*d*, s) também significa estado de poder e sujeição. Aqui, porém, se esclarece que ao titular do poder é permitido praticar ou não praticar o ato; finalmente, (*d* s) também significa estado de poder e sujeição; aqui, porém, se esclarece que o titular do poder tem o **dever** de praticar o ato. Nessa hipótese, evidentemente encontra-se oculto um terceiro sujeito: o beneficiado.

Em suma: a referência ao estado de poder e sujeição apenas significa a relação entre o sujeito ativo do ato e o sujeito passivo do ato. Exemplos: o eletrocutor em face do condenado à morte; o oficial de justiça em face do executado, cujos bens são penhorados; o devedor que paga a dívida em face do credor que sofre os efeitos do ato, porque seu crédito se extingue pelo pagamento.

8. O estado jurídico do sujeito ativo do ato em face do beneficiado ou (o que é o mesmo) do beneficiado em face do autor do ato será denominado **estado de crédito e débito**: (c, d). Não se pode, aqui, cogitar de ato meramente permitido. Necessariamente tem-se **dever**. E o elemento que serve para caracterizar esse estado jurídico é o **interesse**, tal como o conceitua CARNELUTTI:

“Existindo entre os entes relações de complementaridade, é uma manifestação da vida de que alguns são dotados tenderem a combinar-se com os entes complementares. A força vital consiste precisamente em os seres vivos possuírem estímulo para tal combinação.

O estímulo age por via de uma sensação penosa por todo o tempo em que se não efetue a combinação, e de uma sensação agradável logo que a combinação se produza. Esta tendência para a combinação de um ente vivo com um ente complementar é uma necessidade. A necessidade satisfaz-se pela combinação. O ente capaz de satisfazer a necessidade é um bem; **bonum quod beat**, porque faz bem. A capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade é a sua utilidade. A relação entre o ente que experimenta a necessidade e o ente que é capaz de a satisfazer é o interesse. O interesse é, pois, a utilidade específica de um ente para outro ente. O pão é sempre

um bem, e por isso tem sempre utilidade, mas não tem interesse para quem não tem fome, nem pensa vir a tê-la. Um ente é objeto de interesse na medida em que uma pessoa pense que lhe possa servir; do contrário, é indiferente.

Daqui se deduz que pode haver interesse, não apenas em ordem a uma necessidade presente, mas também em ordem a uma necessidade futura. E a existência da necessidade pode resultar não só de uma sensação como de uma dedução. De uma série de sensações de fome, o homem tira uma lei, com base na qual deduz que, se hoje não tem fome, tê-la-á amanhã. A existência do interesse, relativamente às necessidades futuras, determina aquela aquisição de bens, além do limite das necessidades presentes, que se chama poupança. Pode ajuntar-se ainda que a própria disponibilidade de bens para as necessidades futuras, acaba por se tornar objeto de uma necessidade: nisso reside o fundamento da avareza.

É esta a noção de interesse que deve ser empregue na construção da teoria do direito." (CARNELUTTI. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1942. p. 79-80).

Credor ou beneficiado é aquele cujo interesse é tutelado pela norma jurídica que a outro imponha um dever, positivo ou negativo; sujeito ativo do ato é aquele que pratica ou não pratica o ato previsto em norma jurídica mandamental ou permissiva; sujeito passivo do ato é aquele que lhe sofre os efeitos.

No exemplo do carrasco, temos: (c, d, s), isto é, o credor do ato (Estado ou sociedade), o eletrocutor e o condenado. Eis aí indicados num relance dois estados jurídicos fundamentais: do autor do ato em face do sujeito passivo do ato e do devedor do ato em face do credor e, ainda, o estado jurídico reflexo ou derivado, existente entre o credor do ato e o sujeito passivo do ato.

Na maior parte dos casos, o interesse tutelado pela norma jurídica é o do autor do ato ou o do sujeito passivo do ato, e não de um terceiro. Fica, então, ainda mais simples a representação. Teremos um vetor com apenas dois componentes: (p, s) ou (c, d).

9. Existe ainda um terceiro estado jurídico fundamental: a inexistência de relação! Assim como o zero é fundamental na matemática, assim a inexistência de relação jurídica deve, no Direito, ser considerada estado jurídico fundamental! Representá-la-emos pelo símbolo matemático do zero.

São, pois, estados jurídicos fundamentais:

- a) o estado de poder e sujeição: (p, s);
- b) o estado de crédito e débito: (c, d); e
- c) o estado de negação, de inexistência de relação jurídica: (o, o).

Se o estado é de crédito e débito (c, d), tem-se um ato devido do segundo sujeito. Exclui-se, portanto, a possibilidade de ser-lhe permitido praticá-lo ou não. Exclui-se também a possibilidade de ser o credor sujeito ativo do ato.

Se o estado é de poder e sujeição (p, s), ao primeiro sujeito tanto pode corresponder um dever (d, s), como uma faculdade ou permissão (p, s). Exclui-se a possibilidade de ser o segundo sujeito autor do ato. O símbolo (p, s) não indica qual o interesse tutelado pela norma, que tanto pode ser do primeiro como do segundo sujeito, como ainda de um terceiro.

10. A idéia de relação jurídica implica em algo que permanece através de sucessivas transformações. Em outras palavras, sucedem-se diferentes estados jurídicos. No exemplo a seguir, eles serão representados por um vetor com três componentes, que indicarão, respectivamente: o plano fático, a situação jurídica de Pedro em face de João e a situação jurídica de João em face de Pedro. Pedro é um pedestre. João é o dono de uma empresa de ônibus.

- a) No estado jurídico inicial, a_1 (correspondente ao plano fático) representa uma situação de fato qualquer, indeterminada; e os dois zeros (correspondentes ao plano jurídico) nos mostram que não há relação jurídica entre Pedro e João: a_1, o, o .

- b) Um empregado de João atropela e fere Pedro. No plano fático, Pedro está ferido e, no plano jurídico, Pedro se torna credor de João, para quem surge o dever de indenizar: (a2, c, d).
- c) João não paga. No plano fático, vemos os efeitos do inadimplemento. No plano jurídico, vemos que Pedro tem o poder de exigir o pagamento: (-d, p, s).
- d) Pedro exige o pagamento. No plano fático, podem-se observar os efeitos fáticos de sua declaração de vontade, por exemplo, no papel que recebeu sua declaração e que foi lido por João. No plano jurídico, volvemos ao estado de crédito e débito: (p, c, d2).
- e) João não paga. No plano fático voltamos a ver o inadimplemento. No plano jurídico, Pedro adquire um novo poder: o de obter coercitivamente o pagamento: (-d2, p2, s).
- f) Pedro vai ao Judiciário e obtém a satisfação de seu crédito. No plano fático, vemos que Pedro recebeu e João perdeu o valor da indenização. No plano jurídico, volvemos ao estado de negação, porque extinguiu-se a relação jurídica: (p2, o, o).

Fica mais clara a sucessão de estados jurídicos, se os representarmos um ao lado do outro, na mesma linha, unidos por flechas indicativas dos fatos jurídicos:

(a1, o, o) → (a2, c, d) → (-d, p, s) → (p, c, d2) → (-d2, p2, s) → (p2, o, o).

Partiu-se do estado de negação e voltou-se ao estado de negação. (E o leitor que ainda estava em dúvida, já agora há de concordar comigo em que a inexistência de relação jurídica não pode deixar de ser considerada estado jurídico fundamental).

Observando a terminologia de PONTES DE MIRANDA temos: em a2 direito e dever; em -d a pretensão; a seguir o exercício da pretensão; em -d2 a ação de direito material; e em p2 o exercício da ação de direito material.

Note-se que em tal representação distinguem-se os planos fático e jurídico; indicam-se os fatos (pelas flechas) e os efeitos fáticos e jurídicos dos fatos jurídicos (pelo conteúdo dos parênteses); distinguem-se as posições das partes; aponta-se o sujeito cujo interesse é tutelado pela norma jurídica; aponta-se o autor do ato bem como o sujeito passivo do ato; distinguem-se os efeitos fáticos dos fatos alheios à vontade das partes (a1 e a2) dos efeitos decorrentes de atos das partes (-d, p, -d2 e p2); e, finalmente, vê-se a relação jurídica em seu devir, de zero a zero.

Dos três estados jurídicos fundamentais, o de negação não exige maiores explicações. O de crédito e débito tem sido largamente estudado pela doutrina. O de poder e sujeição, porém, não foi ainda suficientemente explicado, razão por que lhe convém um capítulo especial.

Um estado jurídico supõe referência a um só e determinado ato.

II - ÔNUS E DIREITO FORMATIVO

SUMÁRIO: 1. "Non liquet"; 2. Ônus da prova em sentido objetivo; 3. Ônus da prova em sentido subjetivo; 4. Outras espécies de ônus processuais; 5. Ônus extraprocessuais; 6. Direito formativo; 7. Espécies de direitos formativos; 8. Direito formativo e faculdade; 9. Ônus e direito formativo: dois significantes e um só significado.

1. AULO GÉLIO (125-175) era jovem quando, pela primeira vez, os pretores o colocaram no número dos juizes, encarregando-o dos julgamentos chamados privados. Consciente da nova responsabilidade, estudou (como ele mesmo nos conta) os deveres do juiz, quer em livros escritos em latim, quer em livros escritos em grego. "Jovem ainda, deixando as fábulas da poesia e os movimentos da eloquência para subir ao tribunal, eu queria aprender os deveres de meu cargo na escola dos mestres mudos". No que concerne às cerimônias legais, a Lei Júlia c

os Comentários de Sabino Masúrio e outros juristas o esclareceram devidamente. Entretanto, esses livros de nada lhe serviram quanto aos conflitos de razões contrárias com que se defrontou. Assim, por exemplo, encontrou-se em inextrincável apuro quando se defrontou com o seguinte caso: um homem honrado, cuja boa-fé era pública e notória; cuja vida era íntima; e sobre cuja sinceridade não havia dúvida, reclamava ante seu tribunal uma determinada quantia em dinheiro, proveniente de um empréstimo que fizera ao réu, homem comprovadamente falso. Nem é preciso dizer que o réu negava a existência do débito... E não só: rodeado de numerosos partidários, não cessava de exclamar que era necessário, conforme a lei, que o autor provasse a existência da dívida, com documentos ou testemunhas. E acrescentava que, não havendo sido produzida prova alguma, devia ser absolvido; que a boa ou má conduta das partes carecia de valor, já que se tratava de dinheiro e as partes se encontravam diante de um juiz e não diante de censores de costumes. Não sabendo como julgar a causa, Aulo Gélcio foi buscar conselho, inicialmente com seus amigos forenses. Ora, tais amigos lhe deram a mesma resposta que lhe dariam os advogados e juristas de hoje: se o autor não prova a existência da dívida, o réu deve ser absolvido. Todavia, Aulo Gélcio não se conformou com a resposta. Considerando aqueles dois homens, honrado um e perverso o outro, não conseguia se decidir a julgar improcedente a ação. Dirigiu-se, então, a um filósofo, Favorino, que lhe disse: "não se podendo esclarecer o litígio nem por documentos, nem por testemunhas, deve o juiz procurar de que parte há maior probidade; e só se há igualdade no bem e no mal é que se deve dar fé a quem nega a dívida. Ora, no teu caso, não há testemunhas nem documentos, mas tu afirmas que o demandante é um homem honrado, ao passo que o réu é perverso. Vai, pois, e dá razão ao demandante." Aulo Gélcio considerou esse conselho digno de um filósofo, mas não o seguiu. Pareceu-lhe demasiadamente atrevida a conduta sugerida, e não condizente nem com sua idade, nem com a debilidade de seus conhecimentos. Não tinha ânimo para contrariar os costumes estabelecidos. Parecia-lhe grave condenar sem provas; de outro lado, não podia decidir-se a absolver o réu. E assim, diz Aulo Gélcio, "jurei que o assunto não estava claro, ficando, em consequência, livre daquele julgamento": *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum.*" (GÉLIO, Aulo. *Noches Áticas*. Buenos Aires, Europa-América, 1959. Livro XIV, cap. II).

Non liquet. Não está claro. Essa expressão é usual na ciência do processo, para significar o que hoje não mais existe: o poder de o juiz não julgar, por não saber como decidir.

Atualmente, o juiz não pode deixar de julgar. Ainda que nada tenha ficado provado; ainda que não saiba quem tem razão; ainda que não saiba qual das partes é a vítima e qual o algoz; ainda que ignore qual das partes o está enganando, o juiz tem o dever de julgar. Não sabe e, entretanto, deve julgar, como se soubesse. "Il giudice decide **non perché sa ma come se sapesse.**" (CARNELUTTI, Francesco. *Dirito e Processo*. Napoli, Morano, 1958. p. 265).

2. Quando o juiz não sabe como julgar, por falta de provas, a lei julga por ele. Existe uma série de normas jurídicas que dizem ao juiz como deve julgar, quando ele não consegue apurar quem tem razão. Tais normas são chamadas de **regras do ônus da prova**. Diz a lei, por exemplo:

JUIZ!

- se o autor se afirma credor do réu e nada fica provado, absolve o réu! (Cód. Proc. Civil, art. 333, I).
- se o réu afirma que **era** devedor, mas que já pagou a dívida; nada ficando provado, condena o réu! (Cód. Proc. Civil, art. 333, II).

Tais regras que visam impedir o **non liquet**, são regras do ônus da prova **em sentido objetivo**. Seu destinatário é o juiz. Existem quer se trate de processo dispositivo, quer se trate de processo inquisitório. Nesse sentido, é regra relativa ao ônus da prova a norma de processo penal **in dubio pro reo**.

3. As regras técnicas não impõem deveres: apenas dizem o que é necessário fazer para se atingir certo fim. Assim, por exemplo, se quero acender a luz, preciso acionar o comutador.

As regras do ônus da prova, embora tenham por destinatário o juiz, se refletem sobre as partes. Refletem-se, porém, não como regras

jurídicas, mas como regras técnicas: o autor sabe que precisa provar a existência da dívida, para que o juiz julgue procedente sua ação; o réu sabe que deve provar o pagamento, para que o juiz acolha essa exceção.

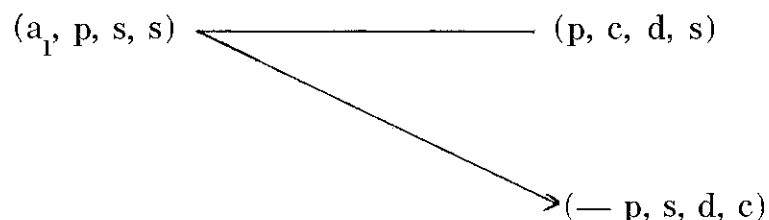
Tem-se, assim, o conceito de ônus da prova **em sentido subjetivo**: uma como que carga nas costas ora de uma, ora de outra das partes; cada uma das quais sabe o que necessita provar para vencer.

Se o juiz tem o dever de procurar a verdade (processo inquisitório), constitui iniquidade fazer-se recair sobre qualquer das partes as consequências do fracasso do juiz. Daí afirmarem alguns que o ônus da prova (em sentido subjetivo) somente existe em processo dispositivo.

Se observarmos atentamente, vemos que o ônus da prova (em sentido subjetivo) constitui para cada uma das partes um **poder a que corresponde a sujeição** do juiz e da parte contrária: o poder de provar.

O autor, em processo civil, tem o poder jurídico de, querendo, provar a existência da dívida. O Ministério Público tem o poder (que, em face do Estado é um dever) de provar a existência do crime. Se é feita essa prova, surge para o juiz o dever de julgar procedente a ação; se não é feita, surge para o juiz o dever de praticar o ato contrário, isto é, o dever de julgar improcedente a ação.

O transformado é diferente, conforme seja ou não produzida a prova. Teremos: (vetor: mundo fático, autor, juiz, réu):



p = provar, comprovar;
d = julgar procedente a ação.

O autor, quando é seu o ônus da prova, encontra-se na situação de poder exercer efeito imediato não somente sobre o juiz, mas também sobre o réu. Se prova, torna-se credor da sentença de procedência, devida pelo juiz e à qual ficará sujeito o réu. Se não prova, é o réu que se torna credor da sentença de improcedência, devida pelo juiz e à qual ficará sujeito o autor!

4. Os estudos a que foi submetido o processo civil, particularmente nos últimos cem anos, levaram à constatação de que não existe apenas o ônus de provar, mas também o de alegar. Assim, por exemplo, é preciso que o réu alegue, no prazo legal, a exceção de incompetência relativa, se quiser que a causa seja processada no foro competente. Se o réu alega a exceção, torna-se credor do despacho devido pelo juiz, de remessa dos autos ao juiz competente, ao qual fica sujeito o autor; se não alega a exceção, é o autor que se torna credor de ato devido pelo juiz, consistente no dever de não remeter os autos a outro juiz, mas de processar e julgar ele mesmo a ação.

Fala-se de ônus, diz CARNELUTTI, para significar que as provas devem ser produzidas pelas partes, sem cuja iniciativa o juiz não pode buscá-las de ofício. Nesse sentido, o **ônus da prova** constitui um par com o **ônus de alegar** no conhecido aforismo: *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata*. Na verdade, existe um nexó íntimo entre a alegação e a prova: porque as partes estão em condições de igualdade e, normalmente, no processo contencioso, as afirmações de uma contradizem as afirmações da outra, nenhuma pode pretender que se dê fé à sua palavra; por isso, a parte sabe que uma afirmação sem prova não vale nada; daí o seu ônus de narrar os fatos e produzir as provas; o juiz, como não pode ele mesmo procurar os fatos, assim não pode procurar as provas. Isso seria possível, mas não seria conveniente; a fim de que se possa alcançar o resultado do processo, é necessário que a ação das partes seja energicamente estimulada; quando a parte sabe que não pode contar senão consigo mesma para fornecer a prova, fica naturalmente interessada em fazer tudo quanto possa a fim de que suas afirmações sejam sustentadas pelas provas. (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli, Morano, 1958, p. 264-5).

A medida que se foi prestando atenção aos fenômenos processuais, cresceu o número das hipóteses de ônus: não apenas ônus de provar, não apenas ônus de alegar, mas também ônus de impulsionar o processo, ônus de preparar o recurso (para impedir a deserção); ônus de exhibir documento (para impedir a aplicação da pena de confissão); ônus de comparecer à audiência (sob pena de revelia), etc., etc., até que, por fim, um grande processualista (GOLDSCHMIDT) procurou demonstrar que, no processo, o par da expectativa e do ônus substitui o do direito subjetivo e da obrigação jurídica, par este que seria próprio somente do direito material. (CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1961. p. 219).

5. Do processo, a idéia de ônus saltou para o direito material. Toda inscrição no registro público constitui ônus, diz PISANI, apoiando-se em PUGLIATTI e NATOLI (PISANI, Andrea Proto. *La trascrizione delle domande giudiziali*. Napoli, Joveni, 1968. p. 396).

Encontrando-se a idéia de ônus em diferentes setores do direito (LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1967. p. 26), deve ser considerada cidadã do mundo jurídico e não desta ou daquela disciplina. É, em suma, conceito a ser estudado na teoria geral do Direito, tal como o fez CARNELUTTI (*Teoria Geral do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1942, p. 274-5).

Entretanto, é ainda pequena a penetração do conceito de ônus na doutrina do direito material. E por que? A razão é esta: é que ao movimento do ônus em direção ao direito material se contrapõe o movimento do direito formativo em direção ao processo. Os dois conceitos estão em guerra. E um deles deverá perecer. Os fenômenos jurídicos, como as batatas, são em número limitado. E não há batatas suficientes para que ambos possam sobreviver. Ao vencedor as batatas!

6. O conceito de direito formativo, tal como o de ônus, é cidadão da Teoria Geral do Direito, e não desta ou daquela disciplina. Daí a importância dos trabalhos que o examinam fora do seu *habitat* costumeiro. É o que acontece com o artigo do Dr. ALMIRO DO COUTO E

SILVA, "Atos Jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos", publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* (9): 19-37, 1968. Nele se contempla o conceito de direito formativo, não no Direito Privado, mas no âmbito do Direito Administrativo.

Existe estreito nexos entre a categoria dos direitos formativos e a das sentenças constitutivas. Deve-se principalmente a Emil Seckel a elaboração do conceito de direito formativo. Deve-se principalmente a Hellwig a construção da categoria das sentenças constitutivas. "O nome de direitos formativos foi inspirado, confessadamente, pela designação **sentenças formativas de direito**, sugerida por Hellwig e aceita pela ciência alemã para as chamadas sentenças constitutivas." (Ibidem). E Hellwig liga a sentença constitutiva aos direitos de poder jurídico ou direitos formativos (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano, Giuffrè, 1962. p. 126).

"Define Seckel o direito formativo, no direito privado, como o direito subjetivo cujo conteúdo é o poder de formar relações jurídicas concretas, através de negócio jurídico unilateral. O reparo que a essa definição caberia fazer-se é o de que nem só negócios jurídicos constituem instrumento de exercício de direitos formativos, embora seja o que mais freqüentemente ocorra; também atos jurídicos *stricto sensu* e, em raros casos, até atos-fatos jurídicos desempenham essa função." (COUTO E SILVA, Almiro. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* (9): 19-37, 1968.

Note-se que, uma vez aceito (como deve ser aceito) o reparo de Almiro do Couto e Silva, amplia-se a categoria dos direitos formativos (ou potestativos), pouco faltando para coincidir inteiramente com o atrás examinado **estado de poder e sujeição**.

"Diversamente do que ocorre com os outros direitos subjetivos, aos direitos formativos não correspondem deveres. Nem mesmo é de admitir-se a existência de dever de tolerar o exercício de direito for-

mativo. Como adverte Von Thur, dever de tolerância só tem quem pode contrapor-se a ato de outrem, mas não está, juridicamente, autorizado a isso. Não há dever de tolerância com relação ao que de nenhum modo se pode evitar." (Ibidem).

Entenda-se: o sujeito passivo não tem dever algum, em face do titular de direito formativo. Apenas sofre a ação do sujeito ativo. Nada impede, porém, que o titular do direito tenha o dever de praticar o ato. Nessa última hipótese existe, concomitantemente, uma outra relação, de crédito e débito. Assim, por exemplo, aquele a quem se propõe contrato tem o direito formativo de, aceitando a proposta, constituir a relação jurídica contratual. Pode ocorrer, porém, que ele tenha, em face de outrem, o dever de aceitar, porque a isso se obrigou.

7. Assim como as sentenças constitutivas criam, modificam ou extinguem relação jurídica, assim os direitos formativos que, por isso, dividem-se em direitos formativos geradores, modificativos e extintivos.

"Exemplos de direitos formativos geradores, no direito privado, são os direitos de apropriação, o direito de opção, o direito de preferência, o direito que tem o destinatário da oferta de, aceitando-a, estabelecer negócio jurídico bilateral; de direitos formativos modificativos, o direito de escolha nas obrigações alternativas, o direito de constituir em mora o devedor ou credor, mediante interpelação, notificação ou protesto, o direito de estabelecer prazo para a prestação; de direitos formativos extintivos, a denúncia do contrato, a alegação de compensação, o pedido de desquite, o direito à resolução, rescisão, anulação e decretação de nulidade." "O pedido de transcrição, no Registro de Imóveis, é, também, exercício de direito formativo gerador: de direito a formar direito real. Apenas com a transcrição, que é ato de direito público, efetiva-se a transmissão de domínio." (Ibidem).

"Do mesmo modo como os direitos formativos, no direito privado, os direitos formativos, no direito público, podem ser geradores, modificativos ou extintivos, conforme o resultado que o seu exercício produz, criando, modificando ou extinguindo relação jurídica ou constituindo para o Estado o dever de criar, modificar ou extinguir relação jurídica". (Ibidem. Os grifos são meus)

"Constituem exemplos de direitos formativos geradores, no direito administrativo, o direito a inscrever-se em concurso público, o direito a apresentar proposta em concorrência pública, o direito a postular reintegração em cargo público, o direito a ser reenquadrado quando lei, ao reorganizar os serviços, possibilita alteração das posições funcionais, mediante requerimento dos interessados." (Ibidem).

"Os direitos formativos modificativos são mais facilmente verificáveis na relação de emprego público. A essa classe pertencem os direitos a pedir licença para tratamento de saúde, licença à gestante, à funcionária casada, quando o marido for mandado servir, ex-officio, em outro ponto do território nacional ou no estrangeiro, licença especial ou licença-prêmio, pois, em todos esses casos, observados os requisitos legais, o pedido do funcionário cria, para a administração, o dever de conceder a licença, ficando suspensos, de outra parte, os deveres de assiduidade e de comparecimento ao trabalho, que ordinariamente tem o funcionário. Tais licenças alteram, portanto, a relação de emprego público: sem que haja, durante o tempo de sua duração, prestação de trabalho, subsiste o dever do Estado à prestação patrimonial." (Ibidem).

"Direito formativo extintivo, por excelência, é o direito a pedir exoneração de cargo público." (Ibidem).

8. Em que se distingue o direito formativo do atrás examinado estado de poder e sujeição? A diferença está em que o estado de poder e sujeição é gênero de que é espécie o direito formativo. As meras faculdades estão contidas no estado de poder e sujeição, mas são excluídas do âmbito dos direitos formativos.

"Para que bem se compreenda o conceito de direitos formativos é necessário frisar serem eles, efetivamente, direitos e não simples faculdades. As faculdades cabem a todas ou a um número demasiadamente amplo de pessoas, enquanto o direito subjetivo é um **plus**, um poder especial e concreto que se insere na esfera jurídica de alguém e que não é partilhado por todos os demais. O poder de propor contrato é faculdade, o poder de aceitar a proposta é direito formativo gerador; a ocupação de coisa sem dono é faculdade, o poder que tem o arrenda-

tário de formar direito real, pela caça dos animais existentes no campo, é direito formativo gerador." (COUTO E SILVA, Almiro. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* (9): 19-37, 1968).

"O conceito de direito subjetivo serve enquanto explica a diferenciação de poderes jurídicos que têm as pessoas, em situações determinadas. Os direitos subjetivos são círculos menores traçados dentro do círculo das faculdades. O poder concreto que nasceu em favor de alguém é sempre diverso dos poderes que os outros possuem. A noção de direito subjetivo surpreende essa diversidade de poderes concretos, atenta ao momento em que uma vantagem especial se acrescenta, se individualiza, no patrimônio jurídico do sujeito de direito. Afirma-se, por outro lado, que o direito subjetivo é um poder concreto e determinado, porque ele é efeito de fato jurídico. Não deriva o direito subjetivo exclusivamente da norma, nem só de fato do mundo natural, mas da união de norma e fato ou, melhor, da incidência da norma jurídica sobre o fato. Ora, os fatos são sempre concretos e, ao ingressarem no mundo jurídico, geram, também, relações jurídicas concretas." (Ibidem).

9. O signo lingüístico une um conceito (significado) com a impressão psíquica de um som (significante). Portanto: signo é a combinação do significante com o significado; o significante não é um som, mas a impressão psíquica de um som (imagem acústica); significado é o conceito. (SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. Trad. de Antônio Chelini. 4. ed., São Paulo, Cultrix, 1972. p. 80-1).

Quer se fale em ônus, quer se fale em direito formativo, há referência a um ato que um sujeito pode (ou deve) praticar e a que outro fica sujeito (p, s).

Quer se trate de ônus, quer se trate de direito formativo, o ato pode sobrevir ou não, no mundo fático. Se sobrevém, diz-se que foi atendido o ônus ou que foi exercido o direito formativo. Tanto no caso de ônus como no de direito formativo, as consequências jurídicas são diversas, conforme seja ou não praticado o ato.

Quer se trate de ônus, quer se trate de direito formativo, o interesse tutelado é o do autor do ato, ou, eventualmente, de um terceiro; nunca daquele que sofre os efeitos do ato.

Qual, portanto, a diferença entre os dois conceitos? Apenas esta: quando se fala em ônus, afirma-se que, não sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é desatendido; quando se fala em direito formativo, afirma-se que, sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é atendido. Em suma: não há diferença senão na forma de expressão. Quando se fala em ônus, pensa-se, de preferência, nas consequências jurídicas decorrentes da omissão do ato. Quando se fala em direito formativo, pensa-se, de preferência, nas consequências jurídicas da prática do ato.

Ônus e direito potestativo são redutíveis um ao outro. E é por isso que a transcrição no registro de imóveis tanto pode ser exemplo de ônus como de direito formativo. Quando se pensa no comprador que fica prejudicado, se não transcreve seu título de domínio, fala-se em ônus. Quando se pensa no adquirente que transcreveu regularmente seu título de domínio, o pensamento vai, de preferência, para o efeito da aquisição do domínio, decorrente da prática do ato da transcrição.

Quem alega a prescrição exerce o direito formativo extintivo. Quem deixa de alegar a prescrição no momento processual oportuno, fica prejudicado, porque não atendeu ao ônus de alegar, no processo, na hora certa.

É claro, portanto, que os dois significantes podem ser reduzidos a um só, já que exprimem um só e idêntico significado. A duplicidade explica-se, pois se desenvolveram em províncias diferentes do direito. A palavra **ônus** surgiu no processo e invadiu o direito material. A expressão **direito formativo** se desenvolveu no direito material e invadiu o processo.

Na verdade, a idéia expressa por ônus e por direito formativo é idêntica. Apenas a formulação é diferente.

Esta é a fórmula do ônus:

— não sendo praticado o ato *a*, não ocorre a consequência *x*.

A fórmula do direito formativo é:

— somente sendo praticado o ato *a*, ocorre a consequência *x*.

As duas proposições são logicamente idênticas.

A idéia última contida nos dois significantes (ônus e direito formativo) é simplesmente esta: se, para que se produzam certos efeitos jurídicos, é necessário que se pratique determinado ato, não se produzem tais efeitos, se o ato não é praticado. . .

Quem fala em direito formativo não precisa do conceito de ônus e vice-versa. Numa só hipótese a idéia de ônus é irreduzível à de direito formativo: é quando se fala em ônus da prova em sentido objetivo, isto é, como norma dirigida ao juiz, para evitar o *non liquet*. A diferença entre ônus da prova em sentido objetivo e ônus da prova em sentido subjetivo é de difícil apreensão. Tal dificuldade desaparecerá, se eliminarmos da ciência jurídica a expressão **ônus da prova em sentido subjetivo**, substituindo-a por **direito formativo à produção de provas**, tanto mais que a ciência processual nunca conseguiu explicar bem como é que ao autor incumbe não só provar os fatos constitutivos, como também produzir a contraprova dos fatos impeditivos ou extintivos alegados pelo réu.

Uma dificuldade permanece, para a prevalência da expressão direito formativo: é que não poucos juristas lhe negam a qualidade de direito subjetivo. Por isso tudo é que prefiro falar em **estado de poder e sujeição**, que abrange não só as idéias de ônus em sentido subjetivo ou direito formativo como, ainda, as meras faculdades, sempre que seu exercício se reflita sobre outro.

Saliente-se, apenas, que a palavra **sujeição** não tem necessariamente sentido desagradável, como bem sabem os enamorados. Quem propõe contrato sujeita o destinatário da oferta. Modifica-lhe a situação

jurídica, outorgando-lhe um poder que antes não tinha: o poder de constituir relação jurídica, mediante a aceitação. O sujeito passivo do ato sofre a ação do sujeito ativo, o que, todavia, pode ser muito bom para ele, se a oferta é vantajosa.

Ônus e direito formativo, dois significantes e um só significado. Ônus da prova, um só significante e dois significados: ônus da prova em sentido objetivo e ônus da prova em sentido subjetivo. Dois por um e dois por dois. A mesma idéia de dois por um e um por dois se encontra numa outra história de Aulo Gélíio, o que me leva a concluir com ele, assim como com ele comecei, esta já longa conversa sobre ônus e direito formativo.

Conta-nos Aulo Gélíio que antigamente costumavam os senadores romanos levar seus filhos à cúria. Pois bem. Discutiu-se um dia, no senado, uma questão importante, ficando marcada para o dia seguinte a votação, pelo que se decidiu guardar silêncio acerca do assunto de que se haviam ocupado, até que fosse tomada uma decisão. O jovem **Papírio** havia acompanhado seu pai à cúria. No seu regresso, perguntou-lhe a mãe sobre o que haviam deliberado os senadores, retrucando-lhe o jovem que não podia dizer-lhe: era segredo. Isso aumentou a curiosidade da mãe que, excitada pela reserva do filho, impaciente por penetrar naquele mistério, repetiu as perguntas com mais insistência e obstinação. Acurralado pela mãe, o jovem imaginou (para livrar-se da importunação) uma festiva mentira, dizendo: "os senadores discutiram o que é mais conveniente para a República: se dar duas esposas a cada marido, ou dois maridos a cada mulher". A mãe ficou aterrada com a notícia e saiu em seguida de casa, correndo a dizer a outras senhoras romanas o que havia descoberto. Na manhã seguinte, acudiu às portas do senado um grupo de desoladas matrochas que, chorando e gemendo, imploraram aos senadores que dessem dois maridos a cada mulher, e não duas esposas a cada marido. Ao entrar os senadores na cúria, perguntavam-se assombrados o que significavam aquele tumulto e aqueles rogos. Descoberta a razão, ficou desde então proibido aos pais levarem seus filhos à cúria, abrindo-se exceção apenas para Papírio, em atenção à singular prudência com que soubera calar e falar oportunamente. (GÉLIO, Aulo. **Noches Atticas**. Buenos Aires, Europa-América, 1959. Livro I, cap. XXIII).

III - O PROBLEMA DA CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS POR SEUS EFEITOS

SUMÁRIO: 1. Apresentação do problema; 2. Sentença condenatória; 3. Sentença declaratória; 4. Sentença constitutiva; 5. Sentença mandamental; 6. Sentença executiva; 7. A solução do problema dos efeitos da sentença.

1. Algumas controvérsias jurídicas são destituídas de significado real. São puramente nominalistas. Entre essas inclui-se a que diz respeito ao enquadramento dos direitos formativos dentro da categoria mais ampla dos direitos subjetivos, o que depende, obviamente, do conceito que se tenha de **direito subjetivo**. Assim, por exemplo, a lição que segue exclui **a priori** tal enquadramento:

“Distingue-se o direito subjetivo da faculdade, porque no direito subjetivo há sempre um dever jurídico correspondente, enquanto na faculdade existe para alguns a possibilidade de realizar ou não determinado ato, sem que este ato importe na existência de qualquer dever jurídico de terceiros”. (WALD, Arnold. **Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro, Lux, 1962. v. 1, p. 136-8).

É evidente que, afirmando-se **a priori** que ao direito subjetivo corresponde sempre um dever, o direito formativo fica automaticamente excluído, porque a ele não corresponde um dever, mas a sujeição aos efeitos do ato praticado pelo titular do direito. Quem, pelo contrário, afirma **a priori** que ao direito subjetivo corresponde dever ou sujeição do outro, claro que afirmará que o direito formativo está contido na categoria dos direitos subjetivos. Tal controvérsia é destituída de significado real. É puramente nominalista, porque se limita à escolha de um nome em vez de outro. Qual o nome que melhor convém à criança que vai nascer? Artur ou João? Carmen ou Maria?

Em grande parte é nominalista a controvérsia sobre os efeitos da sentença. Não obstante, é necessária a abordagem do tema, para fa-

zer desaparecer o nevoeiro que encobre a solução que, aliás, é de extrema simplicidade. Inicialmente, apresentaremos o problema, utilizando predominantemente o método histórico. Após, apresentaremos a solução, utilizando unicamente a lógica.

2. Por longo tempo, diz ALFREDO ROCCO, a ciência do direito processual concentrou sua atenção sobre uma só categoria de sentenças: a sentença de condenação. Não que a existência de outras espécies de decisões fosse totalmente ignorada: sob o nome de **ações prejudiciais**, os juristas romanos examinaram ações meramente declaratórias. Mas sendo o caso mais freqüente, o caso típico, aquele da ação tendente a obter do réu uma prestação, a doutrina concentrou-se no estudo da sentença correspondente, que condenava o réu a entregar a prestação. Mas, especialmente depois de promulgada a ordenação germânica de 1877, que no § 231 reconhecia, em caráter geral, a possibilidade de ações de mera declaração, a atenção da doutrina voltou-se para aquela categoria de sentenças que se limitava a declarar a existência ou inexistência de uma relação ou de um fato jurídico. (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano, Giuffrè, 1962. p. 123).

O estudo da sentença declaratória contraposta à sentença de condenação levantou o problema da classificação das sentenças **pelo critério de seus efeitos**, relegando-se para um segundo plano as classificações tradicionais.

3. Após algumas vacilações, conseguiu-se estabelecer a diferença entre os efeitos da sentença condenatória e os da declaratória.

Enquanto a sentença declaratória não produz outro efeito que a determinação de uma relação jurídica concreta, a sentença condenatória, além desse efeito, produz outro: o de constituir um título para a execução forçada da relação declarada. A diferença entre as duas espécies de sentença está, pois, em que da simples declaração não pode jamais derivar execução forçada; ao passo que a possibilidade de sobrevir execução forçada caracteriza a sentença condenatória. Uma vez que a diferença prática substancial entre ambas se encontra em seu nexo com a execução, aí é que também se deve buscar a distinção conceitual entre

elas. Se a sentença condenatória dá lugar à execução forçada e a declaratória não, isso significa que na primeira existe algum elemento que torna possível a execução e que falta na segunda. Esse elemento é a **condenação**. (Ibidem).

Ao passo que, na ação declaratória, o que se busca é a simples declaração de uma situação jurídica pré-existente, a ação condenatória visa mais: não se quer apenas que se declare obrigado o vencido a entregar determinada prestação, mas também a criação do **título executivo**, para que se possa proceder à execução, na eventualidade de inadimplemento. (VALVERDE, José Zafra. **Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva**. Madrid, Rialp, 1962. p. 68-70).

4. Observou-se, após, que algumas sentenças, como a que decreta o divórcio ou rescinde contrato, não podiam nem ser consideradas meramente declaratórias, porque modificavam ou extinguíam relação jurídica; nem condenatórias, porque não davam lugar à execução forçada. Surgiu, então, a idéia da **sentença constitutiva**.

O mérito de haver elaborado, de modo preciso e completo, a construção jurídica dessa categoria de sentenças pertence a HELLWIG, que as conectou com os direitos formativos ou potestativos (ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano, Giuffrè, 1962. p. 126). De vários modos — observa HELLWIG — pode exercer-se o direito à mudança de uma relação jurídica existente: 1.º, por declaração unilateral e extrajudicial de vontade do titular do direito; 2.º, mediante uma sentença em ação proposta pelo titular do direito; 3.º, mediante uma declaração de vontade do adversário, exigida por ele. Nessa última hipótese, tem-se uma pretensão a uma prestação do adversário; e a sentença correspondente é condenatória. Nos dois outros, encontramos-nos em face de direitos formativos diversamente regulados. De regra, para o exercício de tais direitos basta uma declaração de vontade do titular, que produz imediatamente a mudança da situação jurídica. Mas em outros casos, a mudança deve ser conseguida **mediante ação**: isso implica em que a só declaração do titular do direito não é suficiente, mas é necessária a sentença que, transitando em julgado, modifica a situação jurídica. Nos casos em que o exercício do direito formativo ou potestativo precisa ser e-

xercitado por via de ação, há um **direito de ação**, que tem por objeto a emissão de uma **sentença constitutiva** (Ibidem, p. 126-7).

Havendo negado aos direitos formativos o ingresso na categoria dos direitos subjetivos e havendo, por outro lado, enxergado o vínculo existente entre as sentenças constitutivas e os direitos formativos; e havendo, também, afirmado que a sentença é **essencialmente um juízo lógico sobre a existência de uma relação jurídica**, viu-se ALFREDO ROCCO ante o seguinte dilema: o afirmar que os direitos formativos são direitos subjetivos e que, portanto, a sentença não se destina meramente a declarar relações jurídicas incertas; ou negar a existência das sentenças constitutivas. Preferiu a segunda alternativa: nos casos em que se recorre ao conceito de sentença constitutiva, diz ALFREDO ROCCO, tem-se um direito a um efeito jurídico que, por razões de utilidade social, o ordenamento jurídico não permite que seja satisfeito pela espontânea sujeição do obrigado, ou seja, pelo espontâneo reconhecimento dos efeitos de seu exercício: tem-se um direito, sempre **a priori**, incerto, que necessita de declaração judicial. Essa e não outra é a situação. Mas isso significa que a declaração judicial é **condição para que o exercício do direito ao efeito jurídico produza o efeito jurídico**, e não que a declaração judicial **produza ela mesma o efeito jurídico** (ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano, Giuffrè, 1962. p. 117 e 130).

Pode facilmente acontecer que alguns neguem, por algum tempo, a existência daquilo que seus olhos vêem. Menos fácil, entretanto, é que muitos se neguem, por muito tempo, a ver o que seus olhos vêem. É certo que se concebia a jurisdição como simples declaração. A etimologia é clara: **juris-dição**: dizer o direito. Em consequência, era necessário que se explicasse a sentença como sendo apenas juízo sobre o que aconteceu, e não como força modificadora do existente. Entretanto, os olhos dos juristas não podiam por muito tempo fechar-se à realidade das sentenças constitutivas. Porque este é o poder da verdade: o de se impor aos nossos olhos, mesmo quando a não queiramos ver. Ainda que gemendo, somos forçados a curvar os nossos ombros sob seu jugo. Os direitos formativos não são direitos! O exercício da função jurisdicional não pode importar em modificação de situações jurídicas! Nada disso importa! A sentença constitutiva existe! E ela não precisa de outro título para que se lhe reconheça a existência senão este: ela existe.

E assim é que, apesar dos preconceitos dos processualistas, a sentença que cria, modifica ou extingue relação jurídica, a sentença constitutiva acabou sendo reconhecida pelos juristas.

Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias, sentenças constitutivas. Essa é a classificação predominante na doutrina. No Brasil, é adotada, entre outros, por GABRIEL JOSÉ DE REZENDE FILHO (*Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1965. v. 1, p. 174), CELSO AGRICOLA BARBI (*A ação declaratória no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte, 1962. p. 15), MOACYR AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas de Direito processual civil*. São Paulo, Max Limonad, 1963. p. 35) e JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1962. v. 3, p. 528).

PONTES DE MIRANDA acrescenta as categorias das sentenças mandamentais e executivas.

5. Mandamental é a sentença que contém um mandado dirigido a outro órgão do Estado (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936. p. 113). Exemplo típico de sentença mandamental é a que contém ordem dirigida a oficial do registro público, para que proceda a uma transcrição, inscrição ou averbação.

PONTES DE MIRANDA ampliou o conceito de sentença mandamental: não é preciso que o mandado se dirija a outro órgão do Estado; pode ser dirigido ao oficial de justiça (que não é senão uma *longa manus* do juiz). É mandamental a sentença que contém mandado do juiz, diverso da condenação. "O conteúdo da ação de mandamento é obter mandado do juiz, que se não confunde com o efeito executivo da sentença de condenação". (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1974. p. 145).

Melhor se compreenderá o pensamento de PONTES DE MIRANDA, se tivermos presente seu conceito de **ato jurídico mandamental**, gênero de que é espécie a sentença mandamental:

"São atos jurídicos mandamentais aqueles em que o manifestante da vontade impõe ou proíbe (mandamentais positivos ou mandamentais negativos), tais como (negativos) a manifestação de vontade do marido à mulher desquitada, para que não use o seu nome, a manifestação de vontade do locador contra o uso indevido da coisa pelo locatário, ou (positivos) para que repare o prédio ou conserte o muro" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954. t. 2, p. 461).

Em essência, portanto, mandamental é o ato que cria dever. É claro que se podem subdividir os atos mandamentais em tantas espécies diversas quantas sejam as categorias de destinatários: autoridade federal, estadual ou municipal, testemunha, perito etc. Isso, porém, não tem importância. Importante é apenas a essência: mandamental é o ato que cria dever.

6. Costumam-se distinguir três funções jurisdicionais: conhecimento, execução e cautela. Segundo ALFREDO ROCCO, sentença é conceito referido apenas à primeira das três funções (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano, Giuffrè, 1962. p. 28). A restrição constitui erro gritante, pois é claro que há sentença nas ações cautelares. Mas (pergunta-se) há sentença na execução? A resposta negativa levaria à admissão de processos carentes de sentença. A resposta afirmativa exigiria a ampliação do conceito de sentença. PONTES DE MIRANDA preferiu a segunda alternativa. Dizia que, na execução, a sentença era constituída pelo conjunto dos atos executivos tais como, na execução por quantia certa, a penhora, a avaliação, a arrematação e a entrega do produto ao exequente (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1961. t. 13, p. 11). O novo Código de Processo Civil acolheu em parte seu ponto de vista. Pois que sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo (Cód. Proc. Civil, art. 162, § 1.º), sem dúvida existe sentença na execução. Mas a sentença, aí, não é constituída pela soma dos atos executivos: é o ato pelo qual o juiz declara extinta a execução (Cód. Proc. Civil, art. 795).

PONTES DE MIRANDA, mais claramente do que qualquer outro processualista, viu e proclamou que não há sentenças puras:

“Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva”. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1974. p. 222).

Todavia, erra PONTES DE MIRANDA quando aos efeitos declaratório, constitutivo, condenatório e mandamental acrescenta o efeito executivo.

Toda a confusão pertinente ao problema dos efeitos da sentença se desfaz quando se tem presente que não se podem baralhar critérios diversos de classificação. Por isso, uma classificação das sentenças por seus efeitos não pode, de forma alguma, atender à natureza da causa, porque, aí, já se estará utilizando um **outro** critério de classificação: o da natureza da causa. O fato jurídico é a causa. A declaração, criação, modificação ou extinção de relação jurídica é efeito. Aí é que está a chave para a solução do problema.

7. Para verificar os efeitos de um regime de emagrecimento, é preciso que se pese o paciente antes e depois do tratamento, comparando-se os resultados. De igual forma, para determinar os efeitos de uma sentença, é preciso que se comparem os estados encontrados antes e depois dela, porque a sentença é **causa** de uma **transformação**.

Uma transformação pode ser idêntica (como bem sabem uns tantos que inutilmente tentam emagrecer), pois bem pode ocorrer que o peso não aumente, nem diminua, não obstante o tratamento. Nessa hipótese, apenas a coordenação “tempo” é que muda:

a —————> a

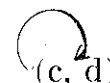
Podemos representar de outra forma a transformação idêntica: por uma flecha reentrante:



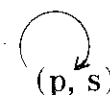
Sabemos que existem três estados jurídicos fundamentais, a saber: de crédito e débito (c, d); de poder e sujeição (p, s); e o de ausência de relação jurídica (o, o).

Pode ocorrer que encontremos, depois da sentença, exatamente o mesmo estado que existia antes dela. Nessa hipótese, que é de transformação idêntica, diz-se que a sentença produz **efeito declaratório**.

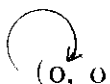
Antes da sentença tinha-se um credor em face de seu devedor; depois dela encontramos o mesmo credor em face do mesmo devedor e a mesma prestação devida:



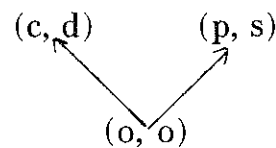
Antes da sentença tinha-se o titular de um poder em face de alguém a ele sujeito; depois dela encontramos o mesmo titular do mesmo poder em face do mesmo sujeito passivo:



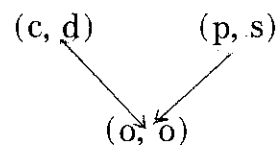
Não havia, antes da sentença, relação jurídica de direito material entre as partes; tampouco encontramos relação jurídica depois dela:



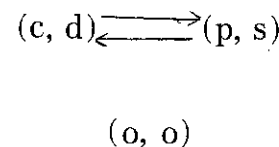
Uma sentença pode criar relação jurídica. É o que ocorre nas duas hipóteses abaixo representadas:



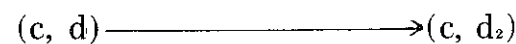
Pode extinguir relação jurídica:



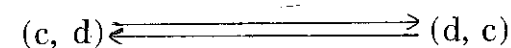
Pode modificar relação jurídica. Por exemplo, transformar um crédito num poder ou vice-versa:



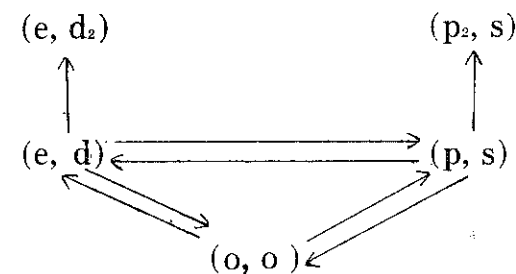
A modificação pode consistir numa derivação de um estado jurídico fundamental. Assim, por exemplo, na hipótese de encontrarmos, antes da sentença, um credor em face de seu devedor e, depois dela, o mesmo credor em face do mesmo devedor, sendo, porém, outra a prestação devida:



Modificação também ocorre por inversão da posição das partes. O que era credor passa a devedor ou vice-versa:

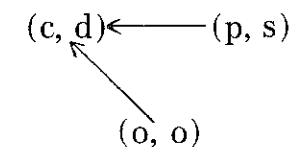


Se a transformação é idêntica, a sentença produz efeito declaratório. Se cria, modifica ou extingue relação jurídica, ela produz efeito constitutivo. Fazemos um gráfico cinemático, conjugando todas as hipóteses acima apontadas:



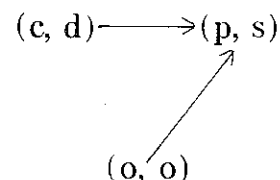
O que se observa? Apenas isto: que já esgotamos **todas** as possibilidades. A classificação das sentenças em declaratórias e constitutivas é exaustiva. É completa. Não deixa resto!

Essencialmente, a sentença mandamental **cria** dever:



Ora, quer tivéssemos, antes do processo, ausência de relação jurídica ou um estado de poder e sujeição, certo é que ambas as hipóteses já foram incluídas dentro da categoria das sentenças constitutivas. Pode-se falar em sentença mandamental, mas apenas como espécie do gênero **sentenças constitutivas**.

Que faz a sentença condenatória? cria o título executivo, isto é, o poder de executar:



Ora, quer tivéssemos, antes do processo, ausência de relação jurídica ou um estado de crédito e débito, certo é que ambas as hipóteses já foram incluídas dentro da categoria das sentenças constitutivas. Pode-se falar em sentença condenatória, mas apenas como espécie do gênero **sentenças constitutivas**.

A rejeição da categoria das sentenças mandamentais não há de surpreender ninguém. A maioria dos processualistas a rejeita também. Mas poderá parecer novidade e heresia a rejeição da categoria das sentenças condenatórias. Mas não há nem novidade nem heresia. Diz JOSÉ ZAFRA:

No pensamento jurídico de diversos processualistas reina a idéia de que a sentença de condenação tem natureza constitutiva, porquanto cria, para o vencedor, o direito de obter a atuação de seu crédito mediante a ulterior execução forçada. Esse conceito foi claramente visto por HELLWIG (V. seu *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig, 1903. v.

1, p. 47). Segundo esse famoso processualista, com a sentença de condenação consegue o vencedor o direito de promover a execução; direito público, dirigido contra os órgãos estatais da execução. Esse direito é criado pela sentença que, por essa razão é, no âmbito do Direito Processual, constitutiva. Na doutrina francesa podemos citar LEON MAZEAUD (*De la distinction des jugements constitutifs de droits. Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1929, p. 19), para quem a sentença de condenação é constitutiva, porquanto "cria um direito que antes não existia: o direito à execução forçada". Na doutrina italiana são de notar as opiniões de BETTI (citado por RASELLI: *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*, nos *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, p. 571) e CALAMANDREI (VALVERDE, José Zafra. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*. Madrid, Rialp, 1962. p. 76).

Ouçamos a voz de CALAMANDREI:

O réu, antes da condenação, não é senão um **obrigado**: isto é, o sujeito passivo de uma relação jurídica substancial, vinculado, por força dela, a observar **voluntariamente** um certo comportamento. Mas, depois da condenação, a vontade do devedor, sobre a qual até então o direito substancial confiava para obter o adimplemento do obrigado, se transforma, de sujeito ativo de vontade em objeto passivo de uma vontade alheia. **Nessa transformação da obrigação, para o cumprimento da qual o direito contava com a vontade ativa do obrigado, em sujeição passiva à força alheia, contra a qual a vontade do condenado já não tem valor**, me parece que consiste a característica essencial da condenação, comum à condenação civil e à penal. Segundo essa concepção, pode-se verdadeiramente dizer que a sentença de condenação tem natureza constitutiva. (CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires, Lavalle, 1961. p. 560-1).

No Brasil, pronunciamento no mesmo sentido fez LOPES DA COSTA: a sentença proferida na ação condenatória oferece "um aspec-

to também de sentença constitutiva, pois cria o direito à execução". (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959. v. 1, p. 143).

As sentenças mandamental e condenatória cabem dentro da categoria mais ampla das sentenças constitutivas. Não se pode acrescentar às sentenças declaratórias e constitutivas qualquer outra, **pelo critério dos efeitos da sentença**. A sentença executiva extingue relação jurídica. É (des) constitutiva. A sentença cautelar, de regra, cria relação jurídica. É constitutiva também. Para se falar em sentenças executivas e cautelares é preciso **outro** critério de classificação. Nunca, porém, poderemos opô-las às sentenças declaratórias e constitutivas, porque isso importaria em baralhar critérios diversos de classificação.

Não existe apenas **sentença** declaratória. Existe **ato** declaratório também no direito material:

O negócio jurídico declarativo — diz PONTES DE MIRANDA — é de construção recente. Mas ele, como fato da vida jurídica, vem de longe. A doutrina foi que despertou tarde para explorá-lo a estrutura.

No negócio jurídico declarativo, o objeto é **outra** relação jurídica ou situação. Não são o mesmo ter por objeto outra relação ou situação e ter o mesmo objeto que outra relação ou situação. Por isso, não se confunde o negócio jurídico declarativo com a renovação de negócio jurídico.

O negócio jurídico declarativo não substitui, nem nova, nem renova, nem prorroga: declara.

A estrutura, o conteúdo e a eficácia da relação ou situação jurídica anterior passam a ser objeto do negócio jurídico declarativo. O que emite a declaração unilateral de vontade, ou os que emitem as declarações de vontade concordantes, superpõem declaração e declarado: há, à base das declarações de vontade, ou da declaração unilateral de vontade, enunciado de fato sobre a existência, estrutura, conteúdo e eficácia de relação ou situação jurídica anterior.

O elemento eliminação de incerteza, que se pretende introduzir, é de ordem subjetiva e somente provável: pode não haver no espírito do declarante, ou dos declarantes, ou nos outros espíritos, qualquer incerteza. A sua função é mais preventiva contra dúvidas do que destruidora de dúvidas existentes. Negócios jurídicos ou relações ou situações, que são claras, são suscetíveis de declaração. Por isso mesmo, não é impossível a conclusão de negócio jurídico declarativo **menos claro** que o próprio negócio jurídico nele **declarado**.

Se o negócio jurídico declarativo modificou, deixou de ser, nesse ponto, declarativo, ainda que se diga tal. Se essa discordância entre o nome e o negócio jurídico tem importância quanto à sua validade, total ou parcial, depende dos princípios gerais, ou dos princípios especiais ao negócio modificado, e das circunstâncias. Seja como for, a modificação é anormalidade, com que não se há de raciocinar para se fixarem a estrutura e a função do negócio jurídico declarativo. (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t. 3, § 276).

Tampouco o elemento condenatório, criação do título executivo, constitui particularidade do Direito processual. Encontramo-lo, no Direito Administrativo, na inscrição em dívida ativa, ato unilateral do Estado, que lhe outorga o poder de executar seu devedor. Encontramo-lo, no Direito Privado, quando o credor de dívida ilíquida e incerta convence seu devedor a assinar cheque, nota promissória ou outro título executivo.

De igual forma, o elemento mandamental não se encontra apenas em sentenças. Sempre que haja ato ou fato constitutivo de dever, há mandamento. Basta que se pense, por exemplo, na hipótese de funcionário que, tendo direito à aposentadoria voluntária, requer sua aposentadoria, ato com que cria para o Estado o dever de aposentá-lo. (Veja-se PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. 2, p. 461).

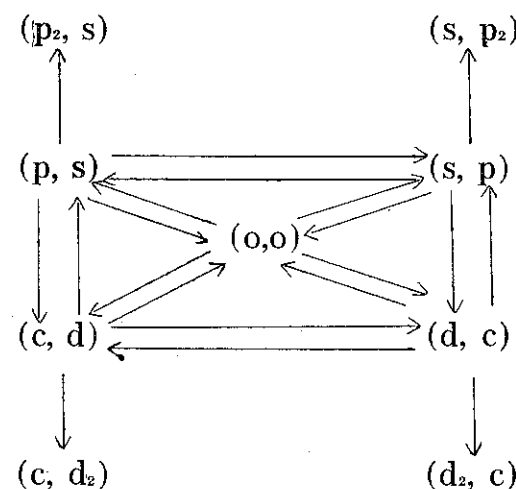
A sentença, pois, como qualquer fato jurídico, declara, cria, modifica ou extingue relação jurídica. Estudar os efeitos da sentença não é senão estudar os efeitos de fato jurídico. Assim como a norma

jurídica regula a conduta humana, prescrevendo deveres ou permitindo, assim a sentença, como os demais atos jurídicos, regula a conduta humana, prescrevendo ou permitindo.

Quem estuda os efeitos dos fatos jurídicos está, quiçá sem saber, estudando também os efeitos da sentença. Essa é a conclusão a que se chega, quando se tira o pó das distinções inúteis, que inutilmente complicam a ciência do Direito.

Insiste-se, ainda hoje, em destacar o efeito condenatório simplesmente porque, no passado, sentença e condenação foram conceitos, na prática, equivalentes.

O gráfico cinemático que segue abrange a totalidade das transformações produzidas por fatos jurídicos. É mais completo do que o atrás apresentado. Mas considero dispensáveis novas explicações:



A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: IMPORTANTE CAPÍTULO DO DIREITO ECONÔMICO

FABIO KONDER COMPARATO

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo. Doutor em
Direito pela Universidade de Paris.

A idéia de uma sistemática proteção do consumidor, nas relações de mercado, é sem dúvida estranha à teoria econômica clássica. Esta partia, com efeito, da noção de necessidade econômica individual, imaginando que ela se exprimisse livremente no mundo das trocas, como imposição da própria natureza, e como elemento formador da demanda global, à qual adaptar-se-ia, *ex post factum*, a oferta global. Nessa concepção, não cabe pois falar em proteção do consumidor, pois entende-se que é este, afinal de contas, quem dita as leis do mercado. Toda a discussão cinge-se ao aspecto da capacidade econômica de consumo, ou seja, a aptidão do consumidor a pagar o preço dos bens e serviços de que necessita. Os primeiros críticos do sistema capitalista logo sublinharam o fato de que a adaptação da oferta global unicamente à demanda solvável não traduz, na prática, a satisfação das necessidades do consumidor, que a análise econômica sempre apresentou como premissa maior do seu raciocínio. Mas a crítica não alterava, fundamentalmente, os dados do problema. Admitindo-se, por hipótese, que todos os consumidores tivessem capacidade econômica para pagar os bens e serviços de que necessitassem, instaurar-se-ia a plena vigência do regime do "consumidor-rei". Perante a livre decisão deste deveriam curvar-se todos os produtores, sob pena de falência.

Hoje, os economistas reconhecem que a realidade primária, a ser levada em consideração, na análise do mercado, não são as necessidades individuais dos consumidores e sim o poder econômico dos organismos produtores, públicos ou privados. Tirante algumas necessidades vitais — que, aliás, continuam em larga medida a ser atendidas, na

economia capitalista, em função da capacidade econômica do consumidor — as demais são controladas, isto é, abafadas ou estimuladas, pelos organismos produtores, em função dos seus programas de expansão ou de rentabilidade (cf. JOHN KENNETH GALBRAITH, *A Economia & o Objetivo Público*, São Paulo, 1975, especialmente o capítulo XIV).

Na verdade, a dialética produtor X consumidor é bem mais complexa e delicada do que a dialética capital X trabalho. Esta comporta definições claras e separações radicais, ao contrário daquela. A rigor, todos nós somos consumidores; o próprio Estado é consumidor, e dos mais importantes; e grande parte dos consumidores acha-se, também, inserida no mecanismo da produção, direta ou indiretamente. Eis porque, na arbitragem de conflitos desse tipo, nem sempre nos deparamos com uma nítida distinção entre “fracos” e “poderosos”, em campos opostos. Os consumidores mais desprotegidos, diante de uma medida administrativa que afete o interesse do organismo de produção para o qual trabalham, tenderão a tomar o partido deste e não da “classe” dos consumidores em geral, como tem sido visto em episódios recentes. Por outro lado, o Estado, consumidor ele próprio, mas também intimamente ligado aos interesses dos produtores, costuma pender para o lado destes, salvo quando sacudido por violentas campanhas de opinião pública.

Como se percebe, a noção de consumidor é ainda imprecisa e, de qualquer forma, não conta com nenhum precedente jurídico. O antigo direito conhecia compradores ou adquirentes de bens; conhecia, igualmente, mutuários. Mas foi somente com a instauração de uma economia de massa que surgiu a ligação visceral entre a venda e o financiamento, primeiro do vendedor e em seguida do comprador, por iniciativa daquele. Tampouco se desenvolvera, numa economia ainda essencialmente apegada à circulação de bens, a noção de usuário de serviços. Sem contar o fato de que o próprio Estado, como assinalai, pode se apresentar sob as vestes de consumidor. O regime da produção em massa, instaurado com a chamada “revolução industrial”, acabou afeiçoando a sociedade em dois grandes grupos: produtores e consumidores. Produtores são os que controlam bens de produção, ou seja, deles dispõem de fato, sob a forma de empresa, ainda que despidos da propriedade clássica. Consumidores, os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem-se submeter ao poder dos titulares destes.

Não é, pois, sem razão que a análise econômica contemporânea funda-se no poder, como realidade primária, como frisei. Tal fato comanda uma revisão da sistemática jurídica, ainda fundamentalmente ligada aos modos de vida de uma civilização agrária ou pré-industrial. Se a *summa divisio rerum* do novo direito é entre bens de produção e bens de consumo, a propriedade unitária do Código de Napoleão passa a desdobrar-se em “estática” e “dinâmica”, pois o que importa, afinal, na atual ordem econômica, não é tanto a riqueza em si quanto o poder de disposição sobre ela, em vista da criação de novos bens ou serviços. Nos Códigos atuais, as normas sobre a propriedade estão, ainda, fundamentalmente ligadas à fruição do *dominus*: seja para protegê-la, por meio da reivindicação e dos interditos possessórios; seja para restringi-la, nas relações de vizinhança, por exemplo. Tais regras adaptam-se, sem dúvida, ao *usus* e ao *fructus* dos bens de consumo, mas certamente não ao poder de disposição sobre bens de produção, que implica, necessariamente, um poder sobre outros homens, na medida em que a produção sai da fase artesanal para a industrial. Aqui, a problemática fundamental não é a proteção do titular ou proprietário, mas, ao contrário, a dos que se submetem ao poder de controle empresarial, independentemente de sua “riqueza” ou “pobreza” relativas. O puro capitalista, que investe a sua fortuna em ações de companhias, sem lhes deter o controle, ou a deposita em contas bancárias, não deixa, numa certa medida, de se submeter ao poder dos empresários.

É óbvio, porém, que o sentido tutelar do direito, nesse campo, se dirige ao economicamente fraco. Os americanos assinalam, com razão, o fato paradoxal de que o consumidor pobre acaba pagando mais caro do que o rico (*poor pays more*), em razão de sua falta de discernimento ou das próprias condições de aguda necessidade econômica em que se encontra.

O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende por sua vez de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em

proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria. A recente lei sueca de 1973, sobre as vendas a consumidor, define este último como “a pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privado, e que é vendida no quadro da atividade profissional do comerciante”.

É nessa perspectiva que faz sentido falar-se em proteção do consumidor.

O problema, na verdade, não era desconhecido no antigo direito, mas ganhou extraordinária relevância a partir das transformações sócio-econômicas oriundas da “revolução industrial”, pela implantação do processo de produção em massa, engendrando o aumento e a padronização do consumo, no sistema de trocas do mercado. Em vários países uma nova legislação, abundante, e minuciosa, completa ou substitui as antigas regras esparsas dos Códigos privados ou criminais, e das leis de caráter puramente administrativo, numa sistemática diferente, entendida como fazendo parte do chamado direito econômico. O interesse sobre o assunto dá origem, aliás, a um verdadeiro consenso internacional. Em 1972, teve lugar em Estocolmo uma Conferência Mundial do Consumidor, realizada sob os auspícios da Organização Internacional das Associações de Consumidores (**International Organization of Consumer Unions — IOCU**). Em 1973, a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos do Homem, em sua 29ª sessão, em Genebra, considerou que todo consumidor deve gozar de quatro direitos fundamentais: o direito à segurança; o de ser adequadamente informado sobre os produtos e os serviços, bem como sobre as condições de venda; o direito de escolher entre bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis e o direito de ser ouvido no processo de decisão governamental. Ainda em 1973, a Assembléia Consultiva do Conselho da Comunidade Econômica Européia, por resolução de n.º 543, aprovou a “Carta européia de proteção ao consumidor”.

Tentarei aqui expor o tema, de forma resumida, desdobrando-o em três aspectos: I — as formas jurídicas de proteção do consumi-

dor, antigas e novas; II — as responsabilidades e os remédios; III — os órgãos de proteção do consumidor. Embora tenha estreita ligação com o tema, em alguns setores, deixarei de lado a questão, igualmente importante e de grande atualidade, da preservação do meio-ambiente.

I

As Formas Jurídicas de Proteção do Consumidor

Como assinalai, o direito tradicional sempre contou com regras protetoras do consumidor, notadamente na compra e venda. Por outro lado, as normas do direito comercial, tanto no campo da chamada “propriedade industrial”, quanto no da concorrência desleal e da repressão ao abuso do poder econômico, também asseguram uma proteção indireta ao consumidor. No campo penal, é igualmente antiga a preocupação com a punição da fraude no comércio, notadamente de gêneros alimentícios ou produtos farmacêuticos.

O que importa, no entanto, acentuar é o fato de que, se por um lado essas formas tradicionais tendem a evoluir, no direito contemporâneo, no sentido de uma proteção mais efetiva e direta do consumidor, por outro vão surgindo novas modalidades protetoras, totalmente desconhecidas do direito anterior.

A) A evolução das antigas formas de proteção do consumidor

Tomemos, por exemplo, a tradicional garantia contra os vícios redibitórios, nos contratos comutativos.

Já se disse que, enquanto no direito romano clássico, a venda tem por objeto, em princípio, a coisa tal qual é, no direito justiniano seu objeto é a coisa tal qual deveria ser (cf. RAYMOND MONIER, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, t. II, 1948, pp. 157/158). Quer isto significar que, se no período clássico o vendedor não responde pelos vícios da coisa por ele desconhecidos, no direito de Justiniano essa responsabilidade lhe é atribuída, mesmo no caso de ignorância. O comprador tinha dois tipos de ações, ambas *bonae fidei*, para se proteger contra esses defeitos ocultos: a *redhibitoria* e a *quanti minoris*, conforme fosse sua intenção resolver o contrato ou obter simples abatimento no preço pago. Provando, no entanto, que o vendedor conhecia o vício da coisa, teria direito à restituição do que pagou em dobro.

Tais normas foram substancialmente recebidas no Código de Napoleão, e de lá passaram a todos os demais Códigos ocidentais.

Ora, é significativo da evolução operada no direito moderno, nessa parte, que a jurisprudência francesa passou a interpretar a norma do art. 1.645 do *Code Civil*, análoga ao disposto no art. 1.103 do nosso Código, no sentido de que, tratando-se de vendedor comerciante e de comprador consumidor, ocorre uma presunção absoluta de conhecimento dos defeitos ocultos pelo vendedor, sendo ele, portanto, responsável por perdas e danos, além da restituição do preço. De acordo com o julgado em vários acórdãos da Corte de Cassação daquele país (Câmara Civil, 19 de jan. de 1965, *Dalloz* 1965. 389; idem, 28 de nov. de 1966, *Dalloz* 1967. 99; Câmara Comercial, 4 de junho de 1969, *Dalloz* 1970, 51), "deve ser assimilado ao vendedor que conhecia os vícios da coisa o que, pela sua profissão, não podia ignorá-los ou era obrigado a conhecê-los", princípio aplicado, notadamente, ao fabricante de automóveis (Corte de Cassação, Câmara Comercial, 1.º dez. 1964, *Bulletin civil*, III p. 574). De qualquer forma, porém, não se extravasa do quadro contratual da compra e venda, ainda que alargando o âmbito tradicional de suas normas.

Evolução significativa também se verificou na parte do direito mercantil que visa, especificamente, a disciplinar a concorrência empresarial, compreendendo a chamada "propriedade industrial" (privilégios industriais e sinais distintivos), a concorrência desleal e a repressão ao abuso de poder econômico. É que se, de início, esse conjunto normativo destinava-se a defender o princípio da liberdade dos concorrentes, hoje ele se funda, sobretudo, na proteção do interesse do consumidor, interpretando-se a livre concorrência como simples meio de se atingir este último alvo e, portanto, podendo e devendo ser suprimida quando se mostra, para tanto, ineficiente ou mesmo prejudicial.

Em matéria de marcas, por exemplo, essa evolução é percebida com a criação das marcas notórias e a interdição do registro das chamadas "marcas de exploração". No primeiro caso, contrariando o princípio de que a originalidade ou especialidade da marca é meramente relativa, ou seja, que o seu registro faz-se por classes ou categorias de bens assinaláveis, o direito moderno passou a admitir que certas mar-

cas, pela sua excepcional notoriedade, tivessem uma proteção global, qualquer que fosse a espécie de produto, mercadoria ou serviço a ser assinalado. Objetivou-se com isto, antes de tudo, impedir que o consumidor fosse iludido quanto à origem do bem adquirido, ou do serviço prestado. Com efeito, quem não percebe que a utilização de marcas tais como "Ford", "Phillips", "I. B. M.", "Chevrolet" ou "Kodak" granjearam tal prestígio que passam a atestar, em todo o mundo, a boa qualidade de quaisquer bens ou serviços assinalados, como se fossem realmente, produzidos ou prestados pela empresa que notabilizou essas marcas?

No que tange às chamadas "marcas de exploração", procurou-se proteger o consumidor contra as suas próprias fantasias. A "revolução industrial", com efeito, não deu origem apenas à produção em massa mas também a uma cultura de massas, notadamente pela exploração dos meios de telecomunicação. As grandes concentrações urbanas constituíram o caldo de cultura ideal para tanto. Ídolos esportivos, ou artistas do rádio, cinema ou televisão passaram a galvanizar as multidões. Seus nomes ou apelidos, ou as expressões verbais ligadas à sua personalidade, tornaram-se símbolos do sucesso popular. Daí a idéia de seu aproveitamento para a constituição de marcas de produtos, mercadorias ou serviços, obviamente sem nenhuma ligação com o ídolo em questão, mas propiciando-lhe rendimentos apreciáveis, sob a forma de preço de cessão da marca, ou de regalias de utilização. O consumidor, vítima da sua própria incapacidade crítica ou suscetibilidade emocional, dócil objeto de exploração de uma publicidade obsessora e obsidional, passa a responder ao reflexo condicionado da palavra mágica, sem resistência. Compra um objeto ou paga por um serviço, não porque a sua marca ateste a boa qualidade, mas simplesmente porque ela evoca todo um reino de fantasia ou devaneio de atração irresistível. Nessas condições, a distância que separa esse pobre Babbit do cão de Pavlov torna-se assustadoramente reduzida. Foi com o objetivo de suprimir esse tipo de exploração que as legislações contemporâneas passaram a editar a regra, constante do vigente Código brasileiro da Propriedade Industrial (art. 62, § único), de que "as pessoas de direito privado só podem requerer registro de marca relativa à atividade que exerçam efetiva e lícitamente".

No campo da concorrência desleal, sempre se interpretou o interesse fundamental, protegido pelo direito, como sendo o dos próprios empresários concorrentes. No entanto, admitia-se que as regras repressoras das práticas de denegrimiento ou confusão visassem também, indiretamente, à tutela do próprio consumidor, que deve ser lealmente advertido sobre a qualidade das mercadorias que adquire, ou dos serviços que solicita, no mercado. Em 1967, ao rever-se, na conferência diplomática de Estocolmo, o texto da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, inseriu-se mais uma alínea no art. 10 bis, de forma a declarar que deverão ser particularmente proibidos como atos de concorrência desleal, além das aludidas práticas de denegrimiento e de confusão, também "as indicações ou alegações, cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias". Infelizmente, o Estado brasileiro, de modo inexplicável, entendeu de não aderir à norma desse artigo, como tampouco o fez em relação a vários outros, havendo publicado, recentemente, o texto da Convenção com essas reservas, pelo Decreto n.º 75.752, de 8 de abril último.

A mesma evolução é sentida no campo da legislação repressora do abuso de poder econômico nos mercados. O interesse do consumidor passou a constituir o seu máximo princípio diretor, acarretando alterações normativas de não pequena monta. Entendeu-se, assim, de um lado, que a proibição absoluta de ajustes ou acordos entre empresas concorrentes pode conduzir a uma concorrência irracional e predatória, em prejuízo da estabilidade econômica das empresas e da qualidade do serviço prestado ao consumidor, notadamente, por exemplo, no campo dos transportes, como verificamos hoje em nosso país. Em tais casos, o interesse do consumidor comanda um abrandamento, ou mesmo a supressão, da regra proibitiva da concentração empresarial. De outro lado, no entanto, as práticas monopolistas, desde antes da última guerra mundial, passaram a ser mais severamente reprimidas quando têm por objeto a obtenção de lucros extraordinários na produção ou comercialização de bens ou serviços indispensáveis ao consumo do povo. Em todos os países, leis ditas de economia popular passaram a completar o arsenal das medidas legais antitruste.

B) As novas formas jurídicas de proteção do consumidor

A evolução jurídica contemporânea não se limitou a aperfeiçoar as antigas instituições, no sentido de uma maior proteção do consumidor. Ela engendrou, também, novas formas protetoras, sem precedentes históricos, unindo estreitamente o interesse público à atividade privada. É aí, justamente, que se pode identificar o surgimento desse novo direito econômico, como sistema de regulação pública da atividade econômica, a meio caminho entre o direito comercial e o administrativo tradicionais.

Ele se manifesta, nesse capítulo da defesa do consumidor privado, sob a forma de um dirigismo contratual, de uma disciplina da publicidade e apresentação de produtos, mercadorias ou serviços, assim como sob a forma de normas especiais de defesa da saúde e segurança do consumidor.

a) O dirigismo contratual

Não se trata, apenas, de uma intervenção pública em matéria de interpretação de cláusulas contratuais, ou das formas de estipulação, nos contratos de adesão ou por adesão. É sabido que, nesse gênero de contratos, as cláusulas dúbias interpretam-se contra quem as redigiu (cf. código Civil italiano, art. 1.370); sendo que, na hipótese de contradição entre o texto das cláusulas gerais impressas e o das especiais acrescentadas ao formulário, são estas últimas que prevalecem (mesmo Código, art. 1.342). Conhecem-se, ademais, alguns contratos em que o legislador exige não apenas a forma escrita mas também a apresentação de certas cláusulas com um relevo especial. É o caso, por exemplo, do contrato de seguro, na França, onde a lei de 13 de julho de 1930 determinou só serem válidas as cláusulas das apólices que editam nulidades ou decadência de direitos do segurado quando mencionadas em caracteres muito aparentes (art. 9.º, segunda alínea).

O novo direito, em verdade, não se limita a editar essas regras de interpretação, ou de forma dos contratos realizados em massa. Vai mais além, impondo a inserção de determinadas cláusulas de proteção

da parte considerada mais fraca, ou anulando ou tornando ineficazes as estipulações pouco equitativas; instaurando, em suma, um autêntico dirigismo contratual.

Nesse particular, duas orientações se manifestam, no direito comparado. Existe, de um lado, toda uma série de sistemas jurídicos em que a lei fixa, de modo taxativo, disposições de ordem pública regendo os contratos em série, nos quais uma das partes é um empresário e a outra um consumidor privado. De outro lado, há sistemas de direito em que a lei se limita a editar o princípio da vedação das cláusulas contratuais não-equitativas, deixando à Justiça ou à própria Administração Pública o encargo de declarar, em cada caso, se se está ou não diante de uma cláusula desse tipo.

Exemplo de sistema jurídico da primeira espécie é o suíço. A lei de 23 de março de 1962, alterando a redação dos arts. 226 a 228 do Código Federal das Obrigações, veio editar regras muito estritas de proteção do comprador, nas vendas em prestações e naquelas com pagamento antecipado do preço em prestações, em que o comprador é um consumidor privado.

Vejamos mais de perto a regulamentação do primeiro tipo de vendas, de frequência avassaladora entre nós.

Tais contratos, na Suíça, só podem ser celebrados por escrito, devendo o instrumento conter, além das indicações referentes às partes e à coisa vendida, as seguintes: a) o preço a vista; b) o suplemento de preço, resultante do pagamento em prestações; c) o preço de venda global; d) qualquer outra prestação, em dinheiro ou em espécie, a cargo do comprador; e) o montante e o vencimento da entrada e das prestações ulteriores, bem como o número destas; f) o direito de o comprador declarar ao vendedor, no prazo de cinco dias, que renuncia à conclusão do contrato; g) as garantias do vendedor, notadamente o pacto de reserva de domínio; h) os juros de mora a cargo do comprador. Faltando a indicação do montante da entrada, do preço a vista e do preço global de venda, assim como a menção ao direito de renúncia do comprador à conclusão do contrato, no prazo de cinco dias, o contrato

é nulo. É igualmente nula a estipulação pela qual o comprador declara, por antecipação, que não vai exercer esse seu direito de renunciar à conclusão do contrato.

A validade de uma compra e venda em prestações, concluída por um comprador casado, depende do consentimento por escrito do seu cônjuge, desde que as obrigações assumidas ultrapassem 1.000 francos.

O comprador é obrigado a pagar, o mais tardar até o momento da entrega da coisa, uma entrada não inferior ao quinto do preço a vista, bem como a saldar o restante no prazo máximo de dois anos e meio. No entanto, conforme a natureza das coisas objeto de venda, o Conselho Federal pode determinar uma redução da entrada obrigatória até dez por cento do preço a vista, ou então elevá-la a trinta e cinco por cento; bem como reduzir o prazo final de pagamento para um ano e meio, ou alongá-lo até cinco anos. O vendedor que faz a entrega da coisa vendida, antes de receber integralmente a entrada, perde o direito de exigir a sua complementação. Por outro lado, considera-se nula a estipulação facultando o pagamento de prestações após a expiração do prazo máximo fixado no contrato, a menos que, após a data da conclusão do contrato, a situação econômica do comprador se tenha agravado consideravelmente. Ademais, qualquer aumento de preço tendente a compensar uma renúncia ao recebimento da entrada é, igualmente, nulo.

Salvo na hipótese de emissão de títulos de crédito, resultantes da venda, o comprador pode, a qualquer momento, pagar o saldo do preço de uma só vez. Neste caso, as majorações do preço a vista, calculadas segundo a duração do contrato, são reduzidas de metade, proporcionalmente à redução do prazo.

No caso de mora de pagamento das prestações, o vendedor pode exigir o pagamento das prestações em atraso, considerar resolvido o contrato ou, então, exigir de uma só vez o pagamento total do saldo do preço. Estas duas últimas opções, porém, só poderão ser exercidas quando expressamente previstas no contrato, e se o comprador está em mora do pagamento de duas prestações pelo menos, representando no mínimo um décimo do preço de venda global, ou de uma prestação re-

presentando ao menos o quarto desse preço, ou se se trata da última prestação. Em qualquer hipótese, o comprador deve ser constituído em mora com o prazo mínimo de 14 dias.

No caso de resolução por inadimplemento, as partes devem restituir as prestações recebidas; mas o vendedor pode reclamar um aluguel equitativo pelo tempo em que a coisa ficou na posse do comprador, bem como uma indenização pela sua deterioração, sem que, de qualquer modo, obtenha mais do que receberia se o contrato tivesse sido executado a tempo.

A pena convencional não pode ultrapassar dez por cento do preço a vista.

Completando esse conjunto de disposições estritas, o legislador suíço editou ainda a regra de que o juiz pode conceder facilidades de pagamento ao comprador em mora e proibir ao vendedor a retomada da coisa, se o comprador oferece uma garantia de cumprimento de suas obrigações, sem que disto resulte um prejuízo qualquer ao vendedor.

A fim de evitar a elusão das normas, em sua aplicação prática, o legislador helvético declarou-as aplicáveis, *mutatis mutandis*, a todos "os atos jurídicos ou combinações de atos jurídicos que visem à mesma finalidade econômica que a venda em prestações", notadamente o leasing e os empréstimos bancários concedidos ao consumidor e vinculados à compra e venda de bens móveis (entre nós praticados pelas sociedades de crédito e financiamento).

Quanto aos sistemas jurídicos que se limitam a editar a proibição das cláusulas contratuais não-equitativas, deixando à Justiça ou à Administração Pública o poder de identificá-las, em cada caso, constitui exemplo notável a lei sueca de 1971. Ela declara que quando uma estipulação feita por um empresário, na oferta de produtos ou de serviços a um consumidor privado, é excessiva, em vista do preço ou de outras circunstâncias, a Corte do Mercado - um tribunal especialmente instituído para julgar as causas envolvendo o interesse dos consumidores -

pode, quando o interesse geral o exigir, impedir que o empresário em questão continue a fazer esse tipo de estipulação, ou outras análogas, sob pena de pagamento de uma multa periódica. Note-se que o interesse protegido é o do conjunto dos consumidores que podem ser lesados e não o do particular que seja efetivamente prejudicado. Por isso mesmo, tem legitimidade para pedir o provimento judicial não o simples particular, mas o **Ombudsman** dos consumidores, sobre o qual falarei mais adiante; ou, na falta de iniciativa deste, uma associação de comerciantes, de consumidores ou de assalariados. Essa lei se aplica a todos os casos de oferta a consumidor privado, exceto em matéria de contratos bancários ou de seguro.

O direito brasileiro acha-se, nesse campo, singularmente em atraso. Sem dúvida, contamos com um certo controle público de preços e remunerações de produtos ou serviços considerados essenciais, notadamente em matéria de abastecimento popular e medicamentos. Mas até hoje não se logrou disciplinar a venda em prestações, que se desenvolveu em nosso meio da forma mais aberrante e lesiva, em detrimento justamente das classes economicamente mais fracas. No quadro de uma política de industrialização a qualquer preço, o Governo passou a estimular o consumo de bens duráveis por todos os modos, instituindo desbragada agiotagem oficial, como receita do chamado "milagre econômico".

b) Disciplina da oferta pública de produtos, mercadorias ou serviços

A preocupação de defesa do consumidor conduziu, igualmente, a um alargamento da noção de compra e venda privada, no quadro mais realista de uma economia de empresa. Passou-se, assim, a entender que os processos de publicidade comercial, pela sua importância decisiva no escoamento da produção por um consumo em massa, integram o próprio mecanismo do contrato e devem, por conseguinte, merecer uma disciplina de ordem pública análoga à das estipulações contratuais.

Já não se cuida mais, aqui, do interesse dos empresários, eventualmente lesados por manobras ditas de concorrência desleal, e sim da sistemática de anúncios públicos ou da apresentação de produtos

ou mercadorias, no interesse do consumidor. A regulamentação pública manifestou-se em três direções: quanto à indicação dos preços, quanto às embalagens e quanto à rotulagem.

Neste sentido, é de se mencionar o **Fair Packaging and Labeling Act** norte-americano, de 1966, cujo objetivo declarado é fazer com que as embalagens e os rótulos das mercadorias vendidas a consumidor privado habilitem-no a obter uma informação precisa, não apenas em relação ao volume ou quantidade da coisa, mas também quanto às suas qualidades intrínsecas, em comparação com outras do mesmo tipo.

Em nosso país, essa disciplina de embalagens e rotulagens só existe em matéria de alimentos e produtos da indústria farmacêutica. No campo dos alimentos, por exemplo o Decreto n.º 55.871, de 26/3/65, alterando as normas do Decreto n.º 50.040, de 24/1/61, referente ao emprego de aditivos, tornou obrigatório constar da rotulagem o nome do aditivo, o seu número de registro ou a declaração "segundo a Farmacopéia Brasileira" (art. 6.º § único). É bem de ver, no entanto, que tal indicação, pelo seu caráter hermético, está longe de atender ao objetivo de proteção do consumidor, evidentemente incapaz de extrair dessas menções uma informação aproveitável. Na mesma censura incorreu o Decreto n.º 73.267, de 6/12/73, ao regulamentar a chamada "lei dos sucos" (Lei n.º 5.823, de 14/11/72), em seu artigo 12, inciso VIII.

No que respeita às embalagens, a preocupação das autoridades públicas brasileiras parece ser unicamente a da indicação da quantidade, peso ou volume líquidos, quando, na verdade, é a desproporção entre o tamanho da embalagem e o seu conteúdo que costuma levar o consumidor a engano.

C) As normas especiais de proteção da saúde e segurança do consumidor

Mais importante, porém, é a proteção da saúde ou segurança do consumidor. A civilização industrial, se por um lado deu ao homem instrumentos decisivos de domínio sobre as forças naturais, por outro suscitou um sem número de riscos insuspeitos de dano à saúde ou à incolumidade públicas. Não se trata, aqui, de sucumbir ao radicalismo de uma vol-

ta às origens pré-industriais da vida em sociedade, nem de se deixar iludir pelas excelências do industrialismo romântico do século XIX, mas de saber apreciar, objetivamente, as ambigüidades de toda situação vital.

Freqüentemente uma conquista industrial, apresentada como extraordinário progresso na vida em sociedade, revela, alguns anos após, a sua extrema periculosidade. Exemplo conspícuo é o automóvel. Sua produção em escala industrial e ao alcance de extensas camadas da população firmou-o como verdadeiro símbolo da independência individual. Hoje, malgrado o poderio do lobby automobilístico junto aos governos e a sua influência nos órgãos de imprensa, ninguém mais denega a responsabilidade do automóvel na poluição ambiental, na deterioração da qualidade da vida nos grandes centros urbanos e no agravamento dos riscos de morte ou lesão corporal em todos os países. A Organização Mundial da Saúde calcula que, anualmente, cerca de 200.000 vidas humanas são ceifadas pelo automóvel nas ruas e estradas do mundo. Os legisladores vão, aos poucos, se sensibilizando com o problema e passam a impor regras de segurança mais estritas na fabricação de veículos. Nos Estados Unidos, como consequência da rumorosa campanha de RALPH NADER contra as indústrias automobilísticas, acusadas de negligenciarem a segurança elementar dos veículos fabricados, promulgou-se lei especial impondo a todos os veículos automotivos em tráfego no país regras ou **standards** mais estritos de segurança.

Até agora, a defesa da saúde do consumidor manifestava-se na disciplina do fabrico e venda de medicamentos e substâncias alimentícias, embora com graves deficiências, das quais o episódio recente da talidomida constitui um dos mais dramáticos exemplos.

Atualmente, porém, tem-se procurado alargar o âmbito dessa proteção pública, de modo a abranger todo e qualquer produto suscetível de lesar a saúde ou a incolumidade física do consumidor. Também aí os Estados Unidos da América se adiantaram aos demais países, promulgando, em 1972, uma lei de proteção à segurança do consumidor, abrangendo todo e qualquer produto, salvo drogas e alimentos, que já constituíam objeto de regulamentação específica. A lei de 1972 criou um órgão governamental, a **Consumer Product Safety Commission**, encarregada de editar normas de segurança para os produtos destinados ao consumo popular. A venda de produtos em desobediência às normas

assim editadas é proibida. Todo fabricante de produto sujeito às normas de segurança estabelecidas pela Comissão deve submetê-lo, previamente, ao exame desta. A Comissão pode exigir que, nas embalagens e rótulos desses produtos, constem advertências e instruções pormenorizadas sobre a sua utilização. Tais exigências podem ser estendidas aos produtos importados no país.

Ora, tudo isto conduz, obviamente, a uma reformulação do problema das responsabilidades e das sanções jurídicas, no caso de transgressão das normas impostas pelo Poder Público. É o que passo a expor.

II

As Responsabilidades e os Remédios

O desdobramento das novas formas jurídicas de proteção do consumidor, que acabam de ser sumariamente lembradas, não poderia deixar de suscitar, como de fato suscitou, uma revisão geral dos conceitos e princípios tradicionais, em matéria de responsabilidade. Com efeito, percebeu-se, desde logo, que esta já não poderia atuar em compartimentos estanques, no campo privado, penal e administrativo, mas que deveria, ao contrário, produzir um entrelaçamento desses diferentes e tradicionais campos de atuação das normas jurídicas. Por outro lado, em cada um desses domínios clássicos da responsabilidade jurídica, verificaram-se fundas e importantes alterações normativas. Aqui, também, mais uma vez, manifesta-se a originalidade desse direito econômico, tantas vezes invocado e tão pouco definido.

Vejamos.

A — A responsabilidade civil

A transformação da responsabilidade civil, nessa matéria, adveio de dois fatores fundamentais, estreitamente ligados à mudança do modo de vida em sociedade, numa civilização industrial. Em primeiro lugar, a produção é feita em série, e não mais sob encomenda unitária, multiplicando-se, por conseguinte, a potencialidade danosa,

sobre a qual se funda toda a experiência normativa. Ademais, criou-se um circuito de distribuição de bens em massa, totalmente diverso do pequeno comércio de antanho, que lidava com um número reduzido de mercadorias, cujas qualidades e defeitos eram certificados por longa tradição.

Tudo isso contribuiu, decisivamente, para fazer extravasar o problema do âmbito estreito do contrato de compra e venda, dentro do qual tradicionalmente se colocava, como vimos na primeira parte desta exposição.

Pelos princípios contratuais, com efeito, o comprador não tem, em hipótese alguma, uma ação direta contra o fabricante, podendo acionar tão somente o comerciante-vendedor. Para o produtor, a relação contratual de compra e venda a consumo é *res inter alios acta*, sendo de aplicar-se aí, em todo o seu rigor, a regra da relatividade dos efeitos obrigacionais às partes no contrato (Código Civil, art. 928). Ora, esse resultado tem-se revelado, hoje, francamente inaceitável pela sua inadequação à realidade econômica. O verdadeiro introdutor da coisa perigosa no mercado é o fabricante e não o distribuidor. Sem dúvida, este deve, em tese, verificar a qualidade das mercadorias que expõe à venda, mas a extrema complexidade, sob o aspecto técnico, de alguns produtos da indústria contemporânea, torna essa verificação impossível a quem não seja especialista; qualidade que, em toda justiça, não pode ser exigida do distribuidor, sobretudo do distribuidor dos mais variados produtos em grandes estabelecimentos, como lojas de departamentos, supermercados e drogarias. Ademais, a indústria moderna dos artigos de marca somente prospera quando apoiada numa publicidade maciça, lançada pelo próprio produtor, limitando-se o distribuidor, na melhor das hipóteses, a ser mero veículo de sua divulgação. Não se pode esquecer, além disso, que a economia contemporânea assiste ao surgimento de uma estreita ligação econômico-jurídica entre produtor e distribuidor, não apenas pela criação de grupos societários, de subordinação ou coordenação, mas também pela prática de novas formas contratuais, como a concessão de venda com exclusividade e o *franchising*. Ressalte-se, por último, que a solução do direito tradicional, pela qual o comprador só teria ação contra o vendedor da mercadoria, e este contra o que lhe vendeu, e assim sucessivamente, carrega em si um custo econômico elevadíssimo, pela multiplicação dos processos judiciais.

Temos, assim, que a consagração de uma responsabilidade direta do produtor perante o consumidor põe-se, hoje, como necessidade jurídica urgente e irrecusável.

Por outro lado, do lado ativo dessa relação de garantia-responsabilidade, desde que seja superada a barreira contratual da compra e venda, nada justifica que o titular da ação contra o produtor seja apenas o comprador da coisa causadora do dano, e não os chamados *bystanders*, ou seja, o utente da coisa ou mesmo o terceiro vítima, sem qualquer relação com o comprador. Figure-se, por exemplo, o caso de um defeito de fabricação de um automóvel ou de um avião, que provoca a morte de passageiros e de pessoas que se encontravam fora do veículo ou aparelho. Por que a responsabilidade civil deve concentrar-se no proprietário ou explorador, e não no verdadeiro causador do dano, que é o fabricante?

Cumpra ainda assinalar, no que concerne aos aspectos civis da responsabilidade do produtor, que essa grande pontecialidade de dano da produção em série aconselha a utilização de remédios jurídicos preventivos, e não apenas reparatórios. Nesse particular, o sistema jurídico anglo-saxônico nos oferece o modelo da *injunction*, herdada da *equity*, muito mais prestadia que a nossa ação cominatória.

B — A responsabilidade penal

No campo penal, a doutrina contemporânea tem enfatizado a especificidade do *white collar crime*, da delinquência de mãos limpas, muito diversa da que habitualmente é levada à discussão nos pretórios dos tribunais (cf. o excelente estudo de MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Direito Penal Econômico*, São Paulo, 1973).

Costumam alguns preconizar, nesse campo, a aplicação de sanções rigorosas, de maior caráter inibitório; outros, ao contrário, preferem sublinhar a necessidade de uma aplicação rápida e segura da sanção penal.

Há, no entanto, um aspecto do problema que não me parece ter sido focalizado com precisão, nessa matéria, e cuja importância de-

veria ser levada em consideração pelo legislador contemporâneo, para uma melhor adequação das sanções à realidade econômica. Quero referir-me ao caráter eminentemente burocratizado e despersonalizado da macro-empresa, no âmbito administrativo, tornando difícil a individualização do delinquente e, a *fortiori*, a prova da culpabilidade. Assim, sem se chegar ao extremo da responsabilidade penal objetiva, parece-me que o legislador deveria admitir com mais frequência, no campo do direito penal econômico, a figura do crime culposos, por negligência, imprudência ou imperícia; tornando claro, em qualquer hipótese, que a aprovação ou a mera tolerância administrativas, para a atividade empresarial em questão, não será nunca um elemento discriminante.

Esta última observação nos leva, diretamente, ao campo das sanções administrativas.

C — As sanções administrativas

As sanções de natureza administrativa, nessa matéria, constituem uma aplicação do poder de polícia que incumbe à Administração Pública, na salvaguarda da saúde e incolumidade dos administrados.

As punições mais comuns são a multa e a cassação dos alvarás ou autorizações de funcionamento. No direito estrangeiro, a fim de propiciar uma maior aplicação dessas sanções tradicionais, tem-se visto a extensão das autorizações de estabelecimento. Assim, a lei belga de 9 de julho de 1957, sobre a venda em prestações, impôs a organização das empresas vendedoras e financiadoras, submetendo-as a um registro administrativo próprio. A sanção máxima é, pois, a exclusão da empresa infratora desse registro, com a imediata cessação de suas atividades.

Novas sanções, porém, têm sido criadas, tais como a contrapublicidade oficial e a retirada compulsória de produtos do mercado. Nos Estados Unidos, o Secretário da Saúde, por iniciativa da *Food and Drug Administration*, tem o poder de fazer publicar — na imprensa, rádio e televisão — avisos sobre os perigos que certos produtos oferecem à saúde humana, e de obrigar os produtores a inserir tais advertências nos rótulos ou embalagens desses produtos. Tal medida, como sabido, já está sendo aplicada para os cigarros e o fumo em geral. Em

casos extremos, ordena-se a retirada do produto do mercado, às custas do produtor. Foi, por exemplo, o que ocorreu, recentemente, com o D.D.T., os adoçantes à base de ciclamatos e os desinfetantes à base de hexa-clorofeno. Muitas vezes, a simples ameaça da contrapublicidade oficial leva o produtor a tomar a iniciativa de suspender a colocação de determinados produtos no mercado, ou mesmo de retirá-los por sua livre iniciativa, temendo que os próprios distribuidores se recusem a vendê-los.

Aí estão, como se vê, medidas interessantes de defesa do consumidor, que deveriam inspirar as nossas autoridades.

Mas deve o consumidor ser sempre tutelado pelo Poder Público, ou pode assumir, isoladamente ou em associação, a sua própria defesa. É o que passo a discutir, na última parte desta exposição.

III

Os Órgãos de Proteção do Consumidor

A proteção do consumidor, como é evidente, não pode se limitar, unicamente, às medidas repressivas, de caráter civil, penal ou administrativo. Ela deve visar também a prevenção do dano. Ora, esse objetivo não é atingido sem um largo, continuado e metódico esforço de informação e de formação do próprio consumidor. Num regime político que não porfia em manter os cidadãos como semi débeis mentais, eternamente passíveis de tutela, a formação social impõe-se como meta principal.

É para a consecução dessa tríplice finalidade — repressão, informação e formação — que se criam entidades específicas de defesa do consumidor. Elas são públicas ou privadas.

Os órgãos estatais, que se aplicam a essa tarefa, pertencem à administração centralizada ou descentralizada, de preferência a esta última. É o que sucede, por exemplo nos Estados Unidos, com a **Federal Trade Commission**, a **Food and Drug Administration** e a recente **Consumer Product Safety Commission**; bem como na França, com o **Institut National de la Consommation**. Este último, dotado de personalidade jurídica e autonomia financeira, é dirigido por um Conselho de Adminis-

tração, composto de 23 membros, sendo 12 representantes dos consumidores (associações familiares, cooperativas de consumo e associações de consumidores), 6 representantes de atividades profissionais (comércio, publicidade, pesca, agricultura, indústria e imprensa) e 5 dos poderes públicos. Ele promove testes e experiências comparativas sobre quaisquer produtos, oferecidos ao consumo popular, publicando os resultados; divulga as mais variadas informações sobre a qualidade desses produtos; e oferece os serviços de uma consultoria jurídica a indivíduos ou associações.

Em alguns países escandinavos, com base numa experiência peculiar muito bem sucedida, criou-se recentemente um **Ombudsman** dos consumidores. Trata-se de alto funcionário, uma espécie de representante do Ministério Público, nomeado por tempo determinado, com a missão de zelar pelos interesses dos consumidores. Ele fiscaliza, permanentemente, os processos de venda e de publicidade no mercado, recebendo queixas ou representações de indivíduos ou associações. Ao deparar com uma prática comercial que considere lesiva aos consumidores, entra em contato com o empresário responsável, procurando inicialmente obter, por meios suasórios, a cessação do indigitado método de venda ou de publicidade. Não sendo atendido, promove as medidas judiciais adequadas. Na Suécia, além desse **Ombudsman** dos consumidores, criou-se também uma Corte do Mercado, com competência para julgar todos os litígios concernentes à aplicação da lei de 1970 sobre métodos abusivos de publicidade e de venda.

Acontece, porém, que nem sempre o interesse dos consumidores é melhor protegido por iniciativa dos Poderes Públicos. Já se assinou, aliás, a ocorrência de uma cumplicidade objetiva, entre tecnocratas governamentais e **managers** privados, tornando-os insensíveis aos justos reclamos dos particulares, em nome de uma pretensa eficiência operacional. GALBRAITH fala, a esse respeito, de uma “simbiose burocrática” entre a administração pública e a privada. Daí porque não se pode deixar de incentivar a autodefesa do consumidor, por meios associativos.

As cooperativas de consumidores, por exemplo, existem há muitos anos, em vários países, inclusive no nosso. O seu objetivo, porém,

até agora, tem se limitado apenas à distribuição de mercadorias aos cooperados com eliminação do lucro do intermediário.

As associações de consumidores, ao contrário, vêm procurando, ultimamente, desenvolver mais eficientemente esse trabalho, de formação e de formação a que acima aludi. Uma das mais antigas é a **Consumers Union** norte-americana, fundada em 1928. Nos anos 30, ela enfrentou galhardamente a contra-ofensiva dos empresários, que impôs a nada menos do que 60 jornais e revistas do país a recusa de inserir matéria paga de iniciativa da associação, obrigando-a a recorrer unicamente à via postal para a difusão de seus conselhos e advertências. Atualmente, a **Consumers Union** edita uma revista mensal, com uma tiragem de mais de dois milhões de exemplares.

Na verdade, essas associações de consumidores, já organizadas internacionalmente — a **International Organization of Consumer Unions** — vêm também desenvolvendo, ultimamente, iniciativas mais diretas de defesa do consumidor, além do trabalho de formação e de informação. Trata-se, na medida em que a legislação lhes permite, de propor ações judiciais visando a retirada do mercado de produtos considerados nocivos à saúde ou perigosos para a incolumidade do consumidor; ou objetivando a cessação de práticas comerciais abusivas. Há, ainda, manifestações de boicote de produtos ou de estabelecimentos. Em 1967, na Suíça, um boicote de manteiga, organizado pela **Fédération Romande des Consommateurs**, conseguiu suprimir uma elevação do preço do produto. O mesmo sucedeu com a carne bovina, há poucos anos, nas principais cidades norte-americanas. Aliás, tal seja a força dessas associações, é possível a celebração de um acordo entre produtores e consumidores, a modo das convenções coletivas do direito sindical.

A Guisa de Conclusão

Não há negar que toda essa problemática, que acabo de expor **per summa capita**, é largamente estranha às preocupações do nosso povo. Decididamente, o Brasil ainda não entrou na era dos direitos individuais do consumidor.

Creio identificar três fatores responsáveis por esse estado de espírito omissivo, senão hostil, em relação à necessidade de proteção do consumidor em nosso país.

Antes de mais nada, o velho traço de individualismo anárquico, que tão fundamente marcou a vida dos povos ibéricos, e que sem dúvida herdamos da colonização lusitana, tornando praticamente impossível o espírito associativo e a experiência de uma organização social vinda de baixo para cima, isto é, largamente fundada no consenso dos indivíduos, e não comandada artificialmente pelo Estado. A solidariedade que se manifesta espontaneamente em nossa gente é de cunho afetivo e emocional, nunca de conteúdo voluntarista ou racional; ou seja, ela medra no âmbito familiar e entre os amigos, dificilmente nas relações de interesse.

O segundo fator adverso a um efetivo reconhecimento dos direitos do consumidor, e que representa a paradoxal consequência desse individualismo exacerbado, a que acabo de me referir, é a tradição de uma organização estatal autoritária, procurando organizar a sociedade a golpes de decreto. O Estado, entre nós, não costuma se voltar ao povo para auscultar as suas aspirações mas para exigir obediência. Esse autoritarismo político tradicional manifesta-se, hoje, sob a forma tecnocrática, buscando a arregimentação popular para uma industrialização acelerada.

Sob esse aspecto, aliás, o nosso autoritarismo político se aproxima do marxismo, que é o terceiro fator — este de índole nitidamente ideológica — a contrariar o movimento de proteção do consumidor. Com efeito, a **Weltanschauung** marxista é a filosofia do produtor, do trabalho produtivo enquanto fonte de todos os valores. A consciência de classe é fruto de uma reflexão sobre a situação dos homens no ciclo da produção econômica, não no estágio do consumo de bens ou serviços. Nessa concepção, a preocupação com a tutela do consumidor revela-se propriamente alienante.

A superação desses três fatores adversos — convenhamos — não é nada fácil, nem é tarefa que se cumpra em pouco tempo. Mas sem o desenvolvimento de uma larga consciência da importância do ato de

consumo e da situação de consumidor, em nossa sociedade, serão baldados os esforços para evitar a subordinação das necessidades vitais da pessoa humana às exigências de um produtivismo intratável, nas suas certezas contábeis e tecnológicas. Trata-se, ainda aí, de um teste para a criação dos pressupostos de admissibilidade do regime democrático entre nós. Como advertia com razão OLIVEIRA VIANA, é inútil pensar em organizar liberdades políticas numa sociedade que ainda não soube engendrar, em si mesma, as liberdades cívicas, vivendo-as naturalmente, como o pão de cada dia.

No entanto, a vida é dialética, e o progresso não se atinge por via unilinear. É inútil esperar o "dado" para organizar o "construído", como diria FRANÇOIS GÉNY. O Direito pode, em certa medida, acelerar a eclosão dessa consciência popular. A lei não é apenas comando, mas também fator de educação social.

Nesse sentido, entendo recomendável a introdução, desde já, de medidas de aperfeiçoamento de nossa legislação, nessa matéria. A rigor, não haveria necessidade de muito legislar, pelo menos de início. O importante, a meu ver, tendo em vista os fatores adversos acima apontados, seria admitir a legitimidade, para qualquer do povo, de propor ações judiciais visando à cessação de práticas comerciais abusivas, à introdução de normas de segurança nos produtos de consumo particular, ou mesmo à retirada de produtos do mercado. Essa ação popular de defesa do consumidor poderia, a meu ver, numa primeira fase da evolução jurídica, fazer mais pelo desencadear de uma nova consciência econômica que a criação de qualquer órgão ou entidade, pública ou particular, com essa finalidade.

Oxalá essas idéias suscitem, senão a aprovação, pelo menos a polêmica indispensável a tirar a questão do letargo em que se acha.

B I B L I O G R A F I A

UGO CARNEVALI, *La Responsabilità del Produttore*, Milão, (Giuffrè), 1974.

— *Marché, concurrence et consommateurs*, conjunto de artigos na *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1974, n.º 3.

— *Contribution à une étude du droit comparé du crédit*, conjunto de artigos na *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1973, n.º 3.

M. FONTAINE, *La protection du consommateur en droit civil et en droit commercial belge*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1974, n.º 2.

JAMES R. PATTON Jr. e E. BRUCE BUTLER, *The Consumer Product Safety Act — Its Impact on Manufacturers and on the Relationship between Seller and Consumer*, em *The Business Lawyer*, abril 1973, p. 725.

RICHARD S. MOREY, *FDA Publicity against Consumer Products — Time for Statutory Revitalization*, em *The Business Lawyer*, novembro de 1974, p. 165.

QUESTÕES POLÊMICAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

- I — O agravo retido no reexame necessário (CPC, art. 475).
- II — A ação de execução e o instituto da revelia.

I

Na presente exposição pretendemos destacar dois pontos, relacionados com o **agravo retido** previsto no artigo 522, § 1.º, do novo Código de Processo Civil.

Inobstante a norma legal faça referência à “petição” de interposição do agravo, entendemos possível a interposição **verbal** do agravo retido, quando manifestado de imediato contra decisão tomada em audiência, consignando-se a inconformidade no respectivo termo (art. 457 do CPC). Esta a orientação preconizada pelo eminente Barbosa Moreira “de lege ferenda” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, V, pág. 381), mas que parece legítimo aceitar de logo, com grande vantagem pragmática e sem ofensa à literalidade e ao espírito da lei.

Outro tema de inobscurecível interesse doutrinário é o da possibilidade de conhecimento do agravo retido, nos casos em que a sentença é levada ao reexame do colegiado **apenas** por força do disposto no artigo 475 do Código de Processo Civil: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I — que anular o casamento; II — proferida contra a União, o Estado e o Município (o item III deste artigo contém um equívoco, e se subsume no item II).”

A uma primeira análise poderia parecer que o não uso da apelação acarretará a implícita desistência dos agravos retidos manifestados contra decisões interlocutórias, eis que, a teor do artigo 522, § 1.º do Código de Processo Civil, “reputar-se-á renunciado o agravo se a

parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo tribunal”.

Barbosa Moreira esclarece que “não se trata, porém, verdadeiramente de **renúncia**, que só cabe em relação a recurso ainda não interposto. A figura que ocorre, aqui, é a da desistência tácita” (obra citada, pág. 384). Realmente, renuncia-se ao direito de impugnar uma decisão; desiste-se da impugnação já manifestada. A renúncia, como a aquiescência e a deserção, tornam o recurso inadmissível; “a desistência torna-o inexistente, sem que caiba indagar se ele era ou não admissível” (obra citada, n.º 135, pág. 260).

Se o agravo for tido por desistido, e, assim, por já agora inexistente, a decisão interlocutória terá precluído, nos limites em que é admissível a preclusão, isto é, sem prejuízo de o tribunal reapreciar aquelas questões que, por sua natureza, mereçam reapreciação de ofício (v. g., nulidade decorrente de inobservância ao litisconsórcio necessário).

Surgem, no entanto, irremovíveis obstáculos ao não conhecimento dos agravos retidos, nos casos em que a causa suba ao tribunal **apenas** por força do reexame necessário (art. 475).

O duplo grau de jurisdição, como a antiga apelação “ex officio”, devolve à Superior Instância o exame integral da causa, “não se podendo falar em coisa julgada de incidentes processuais” (Supremo Tribunal Federal, II turma, rel. Min. Nunes Leal, in RT 329/862); ou, no dizer do Min. Luiz Gallotti, as preliminares “revivem por força da compreensão do recurso ex-officio” (STF, 1a. turma, RDA 67/153).

Assim, pois, o interesse da Fazenda Pública (ou o interesse em prol à manutenção do vínculo, no caso do art. 475, I do Código de Processo Civil) não padecerá prejuízo nenhum pela desistência dos agravos pela Fazenda manifestados, pois as questões interlocutórias decididas em seu desfavor seriam abrangidas pela ampla e completa devolução propiciada pelo cogente duplo grau de jurisdição.

Mas o mesmo não ocorreria com o agravo interposto pela parte contrária à entidade de direito público (ou pela parte que pretende a nulidade do casamento). Tal parte contrária, por hipótese **não poderia apelar**, porque não fora sucumbente; ora, em não havendo apelação da

Fazenda, a parte contrária não dispõe, é evidente, de ensejo para manter seu agravo em contra-razões. Em consequência, dito agravo seria tido por “renunciado”, com a decorrente preclusão da decisão interlocutória agravada; e tal decisão interlocutória, porque favorável à Fazenda, estará excluída da abrangência do reexame necessário.

Dois pesos, assim, e duas medidas, com possibilidade de grave prejuízo à parte contrária à Fazenda, parte esta que verá seus agravos tidos por inexistentes, muito embora o reexame necessário equivalha, em seus efeitos e eficácia, à apelação integral em favor da Fazenda, abrangente de toda a área em que a mesma haja sucumbido.

Mesmo se admitissemos a preclusão, imune assim ao reexame, das interlocutórias desfavoráveis à Fazenda, continuaria presente a possibilidade de dano à parte contrária. Com efeito, quantas vezes a decisão interlocutória, objeto de agravo pela parte contrária, poderá ser, pelo Tribunal, considerada como de valor decisivo ou prevalente para a solução do mérito. Conhecido o agravo, quicá o Tribunal lhe dê provimento e possa (logo ou de futuro) manter a sentença desfavorável à Fazenda; não conhecido o agravo, o Tribunal irá de imediato reexaminar a sentença e poderá ser levado a modificá-la em favor da Fazenda.

A parte contrária à Fazenda tem, pois, o mais legítimo interesse em que seus agravos sejam conhecidos, como conhecidos sempre foram os agravos **do apelado** (sistema do Código de 1939), e porque o reexame necessário é, a final, em sua natureza, a mesma apelação “ex officio” do artigo 822, § único, do Código pretérito, permissiva do conhecimento do antigo agravo no auto do processo, mantido hodiernamente sob o rótulo de agravo retido.

A orientação favorável ao não conhecimento do agravo retido (interposto pela parte — vencedora na demanda, — contrária à Fazenda ou contrária à manutenção do vínculo), poderia ainda resultar, eventualmente, numa distorção processual: abster-se o representante da Fazenda de usar do recurso de apelação — confiante na eficácia do reexame necessário, a fim de propiciar, com o não conhecimento dos agravos da parte contrária, uma posição processual mais favorável à modificação da sentença em que a Fazenda sucumbia (ou que a nulidade do casamento fora decretada).

E nem se afirme que o conhecimento e provimento do agravo retido, interposto pela parte contrária à Fazenda, irá resultar numa "reformatio in pejus" contrária à finalidade mesma do reexame necessário. Em primeiro lugar, a eventual manutenção da sentença será consequência **do agravo**, não diretamente do reexame; em segundo lugar, o provimento do agravo não poderá piorar a situação da Fazenda, mas apenas poderá resultar na **manutenção** da sentença tal como proferida no juízo singular.

Nestes termos, e ponderando o princípio processual, com embasamento constitucional, da igualdade das partes (artigo 125, I do Código de Processo Civil), parece-nos, "sub censura", que nos casos do necessário duplo grau de jurisdição, **sem interposição de apelação**, o conhecimento dos agravos retidos interpostos por qualquer das partes independe da manifestação recursal e, pois, da ratificação prevista no artigo 522, § 1.º, "in fine" do Código de Processo Civil.

II

Não será demasia recordar que o novo Código de Processo Civil filiou-se ao sistema continental europeu hodierno (exceção feita à Espanha), instituindo a unificação das vias executivas (Candido Dinamarco, "Execução Civil", n.º 5). Assim sendo, não mais existe a dicotomia, — ação executiva/execução de sentença —, pois tanto o título executivo sentencial como o extrajudicial dão azo, todos, ao processo de execução (art. 583). No sistema do CPC pretérito, o título extrajudicial não se revestia de real eficácia executiva, pois a antiga "ação executiva" era, em verdade, basicamente um processo de conhecimento, com sentença de natureza condenatória (quando procedente); o título, por si só, ensejava apenas o ato executório liminar da penhora, pois a eficácia executiva propriamente dita derivava da sentença que o confirmava. Já agora o título extrajudicial (art. 585) contém, por assim dizer, a "condenação" do sujeito passivo (art. 568) a satisfazer a prestação.

Este breve intróito liga-se à circunstância de que alguns magistrados, no atual processo de execução, ainda "condenam" o devedor ao pagamento do principal. Ora, são duas as hipóteses: ou o devedor opôs embargos, ou não o fez. Se opôs embargos, a sentença que os rejeita limitar-se-á a "declarar" a exigibilidade do título e a "condenar" o

embargante-devedor nas custas e honorários; se acolhidos os embargos, a sentença (em geral) será "desconstitutiva" do título e "condenatória" do exequente-embargado nos ônus processuais. Mas não há lugar, diga-se, para "condenar" ou deixar de condenar no crédito exequendo.

Se transcorre "in albis" o decêndio para propor a ação incidental de embargos, costumam os magistrados proferir decisão interlocutória, para condenar o executado nas custas e fixar a verba honorária. Neste momento processual alguns juizes por equívoco igualmente "condenam" o devedor ao pagamento da quantia já constante do título executivo, e a cuja satisfação o sujeito passivo já "ipso-facto" encontra-se sujeito; tal condenação é, assim, tecnicamente desnecessária.

Mencione-se, aqui, que recente simpósio de magistrados considerou que o momento processual mais conveniente à fixação (provisória) dos honorários seria quando do despacho de recebimento da inicial da execução, ao ser aberto o prazo de 24 horas para pagar ou nomear bens à penhora (art. 652). Mas a praxe local se tem orientado, também razoavelmente, pela fixação dos honorários (recorriível mediante agravo) em momento imediatamente anterior à avaliação ou na sentença proferida em embargos.

O instituto da revelia, a rigor, não se coaduna com o processo de execução. Parece-nos inadequado considerar "revel", com as consequências daí decorrentes, o executado omissso na apresentação de embargos (ou no adimplir). Segundo o art. 319, "se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor". Ora, de uma parte os embargos do devedor não são uma "contestação", mas sim uma "ação" incidental de oposição. De outra parte, o exequente não argúi fatos sujeitos a controvérsia, mas apresenta um **título executivo**, com sua peculiar eficácia (Candido Dinamarco, ob. citada, n.º 26 e 27; Liebman, "Processo de Execução", n.º 8; Carnelutti, "Sistema", II/n.º 326; Chiovenda, "Instituições", I/n.º 90), somente impugnável mediante a aludida "ação" de embargos. O processo de execução pressupõe uma "lide sem controvérsia", uma "pretensão resistida" na expressão carnelutiana ("Sistema", II/n.º 124). Não há, por princípio, contraditório no processo de execução; o contraditório somente poderá surgir com a ação incidental de embargos, cuja iniciativa é do executado, que nela

assume a qualidade de autor (art. 736). Na ação de embargos, destarte, o embargado (o exequente) é quem poderá sujeitar-se às consequências da revelia, se não impugnar os ditos embargos (art. 740), caso em que reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo embargante (v. g., o pagamento, a novação, etc.), com o julgamento antecipado da ação de embargos (Calmon de Passos, "Coment. ao CPC" de 1973, t. III, n.º 194). Idem, na liquidação de sentença, por artigos.

Não há, pois, "revelia do executado". A não apresentação de embargos lhe não altera a posição no plano do direito processual. É um mero "ausente", não um revel. Precisar-se-á ser intimado, por mandado (portanto, apenas se estiver em lugar sabido), do dia e hora da praça ou do leilão (intimação pessoal), nos termos do art. 687, § 3.º. Outrossim, incorrente a figura da "revelia", o juiz não deverá nomear o curador especial, aludido no art. 9.º, II, ao executado citado por edital ou com hora certa e que não se fez representar na execução. É um ponto de vista, que sujeito à censura dos doutos.

Questão polêmica, a do prazo para os embargos na execução por quantia certa contra devedor solvente. Conta-se o decêndio "da intimação da penhora", conforme a literalidade do art. 738, I, ou da "juntada aos autos do mandado devidamente cumprido", a teor do art. 241, I? Somos pela segunda orientação, fortes em que o art. 241 abrange tanto os casos de citação como de intimação (Pontes, Coment. ao CPC de 1973, III, p. 311); aliás, encontra-se o art. na Seção IV, sob a rubrica "Das Intimações". Não haveria, aliás, razão para que o "dies a quo" fosse, na hipótese, fixado diferentemente do previsto para as obrigações de dar, fazer ou não fazer (art. 738, III e IV).

Controvérsia similar ocorreu na exegese dos arts. 301 e 1009, I, do antigo CPC. O art. 301 mandava contar o decêndio contestacional, na ação executiva, após "feita a penhora", da qual, conforme o art. 948 do CPC pretérito, devia ser intimado o executado. A jurisprudência prevalente, contudo, era no sentido da necessidade da juntada aos autos, cumprimento do mandado de penhora, operando-se com a juntada a "processualização" da penhora e respectiva intimação.

DO HISTÓRICO NO DIREITO

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO

Professor Adjunto e Pesquisador da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito da Universidade Católica de Louvain, Bélgica.

SUMARIO: 1. Introdução: um enfoque antropológico das relações existentes entre direito e sociedade. 2. Do histórico no direito. 2.1 A Escola Histórica Alemã — análise do pensamento de Savigny. 3. Comprovações no plano do Direito Internacional Privado. 3.1 A Escola estatutária holandesa e a "comitas gentium". 3.2 O jury system e a elaboração tardia do Direito Internacional Privado inglês. 3.3 As coordenadas histórico-jurídicas da doutrina norte-americana contemporânea. 4. Comprovação no plano no Direito Material, através do Direito do Mar.

1. Introdução: um enfoque antropológico das relações existentes entre direito e sociedade

Segundo Aristóteles, "a cidade é uma realidade natural e o homem é por natureza um animal político, isto é, um ser destinado a viver em sociedade". E a razão de ser "mais social do que todos os outros seres, abelhas e outros animais gregários" reside na possibilidade de exprimir-se através da palavra, destinada a "exprimir o útil e o prejudicial e, em consequência, também o justo e o injusto". Nisso reside o caráter distintivo do homem em face de todos os outros animais, pois só ele "percebe o bem e o mal, o justo e o injusto e os demais valores", sendo "a posse comum destes valores que constitui a família e a sociedade" (1).

Em que pese encontrarem-se no texto dois elementos caracterizadores da natureza humana — racionalidade e linguagem — sobre

(1) Aristote. *Politique*. Paris, "Les Belles lettres", 1960. livre I, 9-12, 1253 a, p. 14-5.

que tanto se têm preocupado os modernos lingüistas, o dom da palavra, denotador da razão, não é suficiente para fundar a vida social humana. Se o homem é o único dentre os seres vivos capaz de pensamento e de exprimi-lo através de símbolos verbais constitutivos da linguagem, não pode esta desenvolver-se em indivíduos isolados, mas “é produto de relações sociais, de particularmente densas e extensivas relações sociais” (2). É, entretanto, certo que permite o desenvolvimento das virtualidades do convívio, servindo como veículo de comunicação e de transmissão da experiência. O mais que se pode afirmar é a existência de uma permeabilidade entre vida em sociedade e linguagem, um indiscutível movimento dialético.

A razão da vida social encontra-se em uma peculiaridade distintiva do ser humano — no seu “extremo desamparo biológico” (3). Esta situação foi intuída por Platão, situando o fundamento da sociedade civil na circunstância de que cada indivíduo “longe de bastar-se a si próprio, tem, ao contrário, necessidade de um grande número de pessoas” (4). Daí ser a sociedade política a forma de habitação em um mesmo lugar de uma multiplicidade de homens vivendo em comunidade e ajudando-se mutuamente, visando à satisfação de necessidades de variada ordem. Esta a causa determinante de sua criação (5). E em seguida são

(2) Lima, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958. p. 11.

(3) Lemmertz, José. *Psicanálise e psicoterapia*. Porto Alegre, 1966. p. 81-96, onde se encontra percuciente descrição da infância extraordinariamente prolongada do homem em relação aos outros animais. “O homem se caracteriza por um índice de desenvolvimento extremamente lento com relação ao dos outros mamíferos. O período que vai desde o nascimento até o início da maturidade compreende naquele, aproximadamente, um quarto do tempo de duração normal da vida; ao contrário do que sucede nos outros animais, onde ele representa um oitavo, um décimo, ou um doze avos da existência. Este fato constitui uma característica única do homem” ... — Huxley, Julian. *The Uniqueness of Man*. London, 1941. p. 13. cf. Lemmertz, José, op. cit. p. 81.

(4) “Il y a, selon moi, naissance de société du fait que chacun de nous, loin de se suffire à lui-même, a au contraire besoin d'un grand nombre de gens”. — Platon. *La république*. livre II, 369 b. In: *Oeuvres complètes*. Paris, Gallimard, 1950. p. 914.

(5) Ibid. livre II, 369 c, p. 914.

lançadas as bases materiais ou biológicas da cidade ou sociedade. A primeira delas, condição de nossa sobrevivência, é a alimentação. Seguem-se-lhe a habitação, o vestuário e tudo que se lhe relaciona. Para a realização destes objetivos primeiros, relacionados em ordem crescente com a sobrevivência humana, surge a necessidade da divisão do trabalho, uma das pedras angulares da República e ponto essencial para a conceituação da justiça segundo Platão — em decorrência da diversidade de problemas a resolver e da disparidade de aptidões dos diferentes indivíduos (6).

A sociabilidade humana em virtude da situação de desamparo biológico é transparente no pensamento de Grotius. O jusfilósofo holandês começa por dizer que o homem é um animal, mas de natureza superior, apresentando como traço distintivo, capaz de evidenciá-la, a necessidade que experimenta de se reunir (7). Enfatizando esta tendência e qualificando-a de dominante, alude à vantagem de que dispõe o ser humano para realizá-la por ser dotado de um instrumento particular — a linguagem — que lhe faculta conhecer e agir segundo princípios gerais, no que residiria a essência da natureza humana (8). A seguir, evidencia a fragilidade que circunda e singulariza o homem. Nossa segurança reside nos serviços que mutuamente nos prestamos. Isolados, patenteia-se a nossa fraqueza, tornamo-nos indefesos. Deu-nos entretanto, a natureza duas coisas capazes de permitir-nos superar toda a nossa fraqueza e de primar sobre os demais seres: a razão e a inclinação à vida social (9). Transparece, pois, que face a contingências inerentes à sua condição, é o homem constrangido a viver em sociedade, superando por esta forma a situação de desamparo em que é lançado ao mundo.

E a experiência mostrou-lhe que o convívio com seu semelhante necessita ser ordenado. A vida social humana, em que se encontra a

(6) Ibid. livre II, 369 c, p. 914-16.

(7) Grotius. “Prolégomènes sur les trois livres du droit de la guerre et de la paix”. In: —. *Le droit de la guerre et de la paix*. Paris, Guillaumin, 1867, VI, p. 5.

(8) Ibid., VII, p. 8.

(9) Ibid., VIII, p. 9.

nota específica do processo cultural, requer organização, impondo-se para tanto a emissão da regra jurídica que “foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete” (10). Ademais, sendo cultural o comportamento humano (11), importa aprendizagem e transmissibilidade a outros seres humanos, o que só pode ser realizado mediante regulamentação (12).

A sociedade carece de ordem e de harmonia suscetíveis de serem alcançadas através da normação jurídica, vale dizer, da emissão de normas obrigatórias traçando modelos à conduta humana. E nem é preciso que se insista sobre a necessidade de regulação jurídica do convívio humano, bastando que se diga que a história testemunha resultados mais ou menos satisfatórios na realização deste objetivo.

2. Do histórico no direito

Se o direito é indispensável à organização da sociedade, as sociedades diferem no tempo e no espaço, reclamando um determinado afeiçoamento das normas jurídicas aos caracteres específicos de cada uma delas. Isto implica que as normas aptas a regularem uma sociedade economicamente desenvolvida revclar-se-ão inadequadas se apli-

(10) Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, ed. Borsoi, 1954. v. 1, p. 8-9.

(11) A estrutura da sociedade das formigas revela uma surpreendente divisão do trabalho, fundada apenas no instinto. A adequada incubação de ovos desse inseto produzirá formigas que, uma vez adultas, “repetirão em todos os pormenores o comportamento de milhares de gerações que as precederam.” Hoebel, E. Adamson. “A natureza da cultura”. In: Shapiro, Harry L., ed. *Homem, cultura e sociedade*. 2. ed. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1972, d. 209 (Original inglês).

(12) A análise funcional da cultura, exprimindo a relação entre uma realização cultural e uma necessidade humana, evidencia “a satisfação de uma necessidade por uma atividade na qual os seres humanos co operam, usam artefatos e consomem bens, o que implica na organização necessária para a consecução de qualquer objetivo humano.” — Mallinowski, Bronislaw. *Uma teoria científica da cultura*. (A Scientific Theory of culture and other essays.) 2. ed. Rio de Janeiro, Zahar, ed., 1970. p. 44.

çadas a uma outra subdesenvolvida ou em vias de desenvolvimento, face à diversidade de contextos culturais em que uma e outra se encontram imersas.

Esta circunstância de fácil constatação serve para pôr em evidência o caráter indissociável existente entre direito e história. Se a história é inconcebível sem o direito, não pode este, em contrapartida, ser compreendido a não ser em um quadro histórico. Consoante a primeira parte desta assertiva já se disse que “nem a história medieval nem a moderna podem ser escritas e compreendidas sem uma atenção cuidadosa por suas instituições legais”, eis que “desde o feudalismo ao capitalismo, da Magna Carta às constituições da Europa Contemporânea, o historiador encontra o Direito, a cada passo, como fator decisivo” (13). Relativamente à segunda, pode-se afirmar que o direito não pode ser convenientemente visualizado; quer do ponto de vista de sua elaboração, quer de sua interpretação, se se não consideram atentamente as forças históricas vigentes ao tempo em que se edita ou aplica a regra jurídica. A regra jurídica exprime um juízo de valor sobre a situação social que se propõe a reger. O juízo de valor, alternativo ou múltiplo, versará sobre os vários aspectos do fato a ser disciplinado, sobre todas as forças ou interesses a ele correlacionados bem como sobre as repercussões que tal regulação é suscetível de ter sobre o contexto social. Não pode o jurista descuidar-se das razões orientando tal escolha, pois a lei apenas será boa na medida em que elas forem historicamente verdadeiras. Para bem legislar deve-se fazer um inventário das circunstâncias históricas em presença, no momento em que se emite o comando legal. Por circunstâncias históricas deve-se entender todas as forças sociais então existentes: econômicas, políticas, morais, científicas, religiosas e históricas *strictu sensu*. Cada lei sensibilizará de modo particular um ou outro destes aspectos, embora não se possam excluir repercussões sobre outros setores, tendo em vista a interdependência de todos os componentes sociais, ao passo que a constituição os toca e disciplina a todos, em suas linhas maiores, conferindo-lhes estrutura definida.

(13) Friedrich, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*. (Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive). Rio de Janeiro, Zahar ed., 1965. p. 254.

Na elaboração de uma lei ordinária ou, mormente, da constituição, é mister fazer-se o levantamento percuciente das circunstâncias históricas existentes, sem descurar de nenhuma delas, sob pena de ter-se como resultado uma má legislação. Se se agir de modo preconcebido, deixando-se, por consequência, de lado, aspectos relevantes, o resultado poderá ser a existência de normas formalmente perfeitas, mas intrinsecamente más. É oportuno se lembre a este respeito que Coing, resumindo as idéias de Collingwood (14), observa que, no plano da história, o homem toma suas decisões em função de situações bem determinadas, mas que “é a imagem que o homem se faz da situação, mais do que ela própria, que restringe sua liberdade e determina sua ação” (15). Ocorre que tanto o legislador, estabelecendo normas abstratas, quanto o juiz, decidindo *in concreto*, para solver um litígio, têm em vista situações sociais determinadas. Todavia, nada nos pode assegurar que a imagem que um e outro concebiam corresponda exatamente à realidade (16). De onde se infere que uma imagem incorreta terá como resultado inelutável uma legislação inadequada ou deficiente. Quando a distorção da imagem se der ao nível do ordenamento jurídico, poder-se-á apresentar caso de patologia jurídica — quando o sistema normativo revelar-se substancialmente em desacordo com as circunstâncias históricas existentes.

É, de outro lado, evidente que, se da aplicação da norma jurídica resulta a sua inadequação total ou parcial à situação que visa a regular, isto não significa que se lhe possa negar força obrigatória. Deriva esta do cumprimento dos requisitos extrínsecos estabelecidos na constituição. A validade formal da regra de direito não pode ser discutida, pois constitui um dos postulados da dogmática jurídica. Embora não podendo negar-lhe a obrigatoriedade ou o cumprimento, cabe ao jurista examinar a norma legal formalmente válida, sopesá-la e, se for o caso, apontar a sua insuficiência e propor regulação diversa, mais consentânea aos dados da situação concreta. O olhar crítico do jurista so-

(14) Collingwood. *The idea of History*, Oxford, 1946. Cf. Coing, H. Savigny et Collingwood ou: histoire et interprétation du droit. *Archives de philosophie du droit*. Paris, 1959.

(15) Coing, H. Savigny et Collingwood ou: histoire et interprétation du droit. *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1959.

(16) Coing, H., op. cit. acima, nota 15, p. 7.

bre o direito vigente é sempre melhor do que a sua passividade face às deficiências da lei. É oportuno lembrar que, já em 1837, um professor da Universidade de Paris, buscando as causas do declínio do interesse pelo direito romano, que constatava em meio aos estudantes, escrevia: “hoje, graças a Deus, não mais se consideram as leis e as instituições, mesmo vivas, como uma arca santa na qual não se poderia tocar sem profanação.” E concluía, afirmando que “se compreende que é necessário submetê-las ao exame e à crítica, a fim de depurá-las e melhorá-las” (17). Inobstante esta vetusta observação, Ripert, escrevendo em 1953, afirma que “os juristas, encarregados de ensinar e de aplicar uma ciência de conservação da ordem estabelecida, têm o espírito conservador”, atribuindo-o à idade e à classe social a que pertencem, ao interesse pessoal em conservar o conhecimento adquirido, à preguiça natural do homem, mas também à compreensão da “importância que representa para a sociedade a ordem estabelecida e o perigo em que se incorre ao modificá-la” (18). Se encontram-se causas negativas nesta enumeração, sobressai como fator positivo o senso de responsabilidade dos juristas, em virtude da consciência que possuem dos riscos inerentes à modificação da estrutura jurídica reguladora da vida social.

É justamente este senso de responsabilidade, aliado ao hábito de observar e estudar a mudança das instituições, que lhes permite bem apreender e bem julgar o *modus faciendi* segundo o qual se deve realizar a transformação do direito, relevante aspecto concernente à relação entre direito e história, reclamando consideração e análise.

Efetivamente, deve o direito atentar às diferentes condições de cada sociedade, nos diferentes momentos históricos. As relações sociais modificam-se continuamente, por vezes de modo vertiginoso em nossos dias, exigindo um constante trabalho de adaptação do direito, sob pena de tornar-se ineficaz sua ação disciplinadora do convívio. Mas tudo é questão de grau, de senso de medida. Não será por certo a inflação le-

(17) Bravard-Verièrès, P. *De l'étude et de l'enseignement du droit romain et des résultats qu'on peut en attendre*. Cf. Gaudemet, Jean. *Études juridiques et culture historique*. *Archives de philosophie du droit*. Paris, 1959, p. 11-2, nota 2.

(18) Ripert, Georges. “Évolution et progrès du droit.” In: Balladore Pallieri, G. et alii. *La crisi del diritto*. Padova, Cedam, 1953. p. 2-3.

gislativa que propiciará a adaptação do direito ao processo histórico. "A abundância das leis pode ser uma necessidade em tempos em que o intervencionismo se impõe. Mas se constitui uma necessidade, é temerário considerá-la um progresso" (19). Ao contrário, a extrema mobilidade da legislação, a existência de leis temporárias ou excepcionais "apressadamente preparadas e freqüentemente votadas na desordem das idéias" constitui uma das causas da crise do direito (20).

Já Maine aludia aos dois perigos a que se encontram expostos a sociedade e o direito que a rege. Um deles consiste em que o direito possa desenvolver-se com excessiva rapidez (21). O outro "obstruiu ou retardou o progresso da maior parte da humanidade. A rigidez do direito primitivo, oriunda principalmente de sua associação ou identificação com a religião, submeteu a humanidade em massa aos conceitos relativos à regulação reinantes à época em que seus costumes assumiram pela vez primeira forma sistemática" (22). Depois de registrar que poucos povos deixaram de assumir tal concepção, Maine afirma que

(19) Ripert, op. cit., acima, nota 18, p. 10.

(20) Ibid.

(21) C'est ce qui eut lieu dans les codes des républiques grecques les plus progressives, qui se débarrassèrent avec une étonnante facilité des formes gênantes de la procédure et des termes techniques inutiles, et cessèrent aussitôt d'attribuer une valeur superstitieuse aux règles et prescriptions rigides. Quoique l'avantage immédiat que les citoyens retirèrent de ces réformes put être considérable, elles n'ont pas en définitive été utile au genre humain. ... L'intelligence grecque, avec sa mobilité et son élasticité, était incapable de se renfermer dans l'étroit vêtement d'une formule légale; et si nous pouvions en juger par les tribunaux populaires d'Athènes, que nous connaissons assez exactement, les tribunaux grecs montraient une forte tendance à confronter le droit et le fait. Ce qui nous reste des orateurs et des lieux communs d'éloquence judiciaire conservés par Aristote dans sa *Rhétorique*, montre que les questions de droit pur étaient constamment discutées avec toutes les considérations qui pouvaient influencer l'esprit des juges. On ne pouvait produire par cette méthode un système durable de jurisprudence. Un peuple qui n'hésitait jamais à modifier les règles du droit écrit, quand elles étaient contraires à un idéal parfait dans un cas particulier, ne pouvait, s'il léguait à la postérité un corps de principes juridiques, lui léguer qu'une collection d'idées du juste et de l'injuste telles qu'elles régnaient à son époque. ... Maine, Henry Summer. *L'ancien droit*. Trad. sur la 4e. éd. anglaise. Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1874, p. 71-3.

(22) Ibid., p. 74.

"na maior parte do mundo, a perfeição do direito é identificada com a observância do plano que se supõe ter sido traçado pelo legislador primitivo" (23).

Transparece, pois, que a evolução cultural *lato sensu* sofre decisiva influência do direito, que pode conferir-lhe a estabilidade necessária sobre que se apóie o progresso social, ou uma rigidez excessiva, incompatível com aquele. Tanto uma como a outra situação "não se restringem, de maneira alguma, à infância da sociedade humana; persistem até a atualidade" (24). Neste sentido, pode-se afirmar que a história do direito deve ser vista como parte da história cultural, eis que uma cultura não pode ser imaginada sem lei (25).

Não há uma fatalidade no progresso do direito. Afere-se o progresso de qualquer ciência pela consecução das finalidades que se propõe realizar. As ciências físicas alcançam o progresso na medida em que possibilitam o conhecimento e utilização da matéria, e as ciências sociais na proporção em que propiciam um melhor relacionamento entre os homens. Já "o verdadeiro progresso do direito consiste em não se elaborar novas normas a não ser para assegurar um ordenamento mais harmônico" (26). Para que haja progresso, é mister evitar os dois extremos sinalados: o imobilismo, tradutor de um estado de espírito marcadamente conservador ou indiferente à mutação social, e a elaboração apressada ou prematura das normas legais que são os dois caminhos da perda do direito, sendo suas conseqüências, via de regra, funestas.

Em nossa época, principalmente nas últimas décadas, a rapidez e, por vezes mesmo, o inesperado das modificações, abrangendo os mais diversificados aspectos da vida humana, é de tal ordem, que a marcha do direito, por mais rápida que fosse, não lhes poderia acom-

(23) Ibid.

(24) Friedrich, op. cit., p. 270-1.

(25) "... a história de certas culturas e, mais especialmente, as culturas greco-romana e ocidental, é a história das leis que governam as comunidades suas componentes." Ibid., p. 267.

(26) Ripert, op. cit., p. 11.

panhar o ritmo. Antes de legislar deve-se constatar a modificação ocorrida ou o novo fato surgido, seguindo-se uma criteriosa análise valorativa, para que se possa chegar à escolha das diversas regulações possíveis e avaliar-se o respectivo impacto sobre a realidade social. É necessário que as idéias sedimentem-se, gerando a convicção que a edição de uma nova lei se impõe. Só após o cumprimento destas fases por que há de passar a consciência dos indivíduos e dos responsáveis pela elaboração legal, agindo dialeticamente uma sobre a outra, haverá condições de bem legislar. E todas estas operações do espírito demandam tempo e, entretanto, os fatos não cessam de evoluir. Em tais condições, pode-se dizer que cabe ao direito atualizar-se o máximo possível já que a atualização total é irrealizável, face ao tempo de maturação que requer, incompatível com a urgência em editar novas leis sem a indispensável reflexão.

Estas observações poderão parecer teóricas e, por consequência, insuficientes para mostrar o íntimo relacionamento entre a transformação histórica e o esquema jurídico segundo o qual ela se opera, ou inobstante o qual ela se realiza. Todavia, considerações análogas já foram feitas por eminente magistrado no sistema da *common law* de construção predominantemente indutiva e de características marcadamente pragmáticas. Com efeito, afirma Holmes que **"a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência."** Registre-se a ênfase atribuída à experiência, aos aspectos empíricos e veja-se como se manifestam: "as sentidas necessidades do tempo, as teorias morais e políticas prevalentes, as intuições concernentes à ordem pública, confessadas ou inconscientes, e mesmo os preconceitos que os juizes compartilham com seus concidadãos, tiveram muito mais importância do que o silogismo na determinação das regras segundo as quais os homens deveriam ser governados. A lei consubstancia a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos e não pode ser tratada como se contivesse unicamente os axiomas ou corolários de um livro de matemática" (o grifo é nosso) (27).

(27) "The life of the law has not been logic: it has been experience." . . . The felt necessities, of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men have had a good deal more to do than the syllogism in determining the

Dois aspectos merecem destaque no pensamento de Holmes. O primeiro respeita à estreita relação existente entre o direito e a história, eis que a experiência a que alude o juiz americano "é experiência histórica", sem o que não poderia haver qualquer espécie de direito (28). O segundo, decorrente do primeiro, põe-nos em guarda contra a tendência à matematização, à formalização do sistema jurídico — as instituições são insuscetíveis de tratamento desvinculado da realidade em que se incrustam, que visam a regular e cujas influências sofrem. É o direito "condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta", mas "age também como elemento condicionante". Reflete a realidade social subjacente e simultaneamente a condiciona (29). É possível que esta evidência seja mais sensível no direito inglês ou americano, que, como integrantes do sistema da *common law*, inobstante a existência de diferenças específicas, caracterizam-se por serem predominantemente jurisprudenciais — é o juiz que, à medida que vai solvendo os litígios que lhe são progressivamente apresentados, o vai paulatinamente elaborando, em sua maior parte (30).

rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics." Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston, Little, Brown, c1963. p. 5.

(28) Friedrich, op. cit., p. 256-7.

(29) "A interação entre todos os componentes de um complexo cultural é um dos fatos de maior significação na vida social." Rosa, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro, Zahar ed., 1970, p. 57.

(30) O sistema inglês compõe-se fundamentalmente de regras de direito corporificadas "através das decisões emitidas pelos tribunais superiores da Inglaterra", o que lhes confere um nível de generalidade menor relativamente às regras existentes nos sistemas romanistas, pois a "legal rule" inglesa coloca-se ao nível da espécie "sub judice", surgindo para solucioná-la. Ademais, os ingleses "não adotam verdadeiramente as regras formuladas pelo legislador senão quando forem objeto de aplicações jurisprudenciais." A diferença da regra jurídica pertencente aos sistemas romanistas, editada pelo legislativo e caracterizada pela generalidade e abstração, "a regra jurídica inglesa encontra-se em condições de propiciar uma solução imediata a um litígio." No que tange ao ordenamento americano, para que se tenha uma idéia de sua similitude com o sistema inglês, basta que se lembre que os juristas "não consideram como regra plenamente normal de seu direito senão a regra jurisprudencial, formulada ao nível concreto do litígio a ser decidido", e capaz de solucioná-lo. David, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris, Dalloz, 1964, n. 289, 319, 320, 322, 394.

Todavia, a evidência da recíproca interação entre direito e realidade social é igualmente perceptível no sistema romanista, bem como em qualquer ordenamento jurídico particular.

Constata-se, entretanto, que, por vezes, esta relação natural e salutar é artificialmente desfeita, tanto no plano teórico quanto no prático. No primeiro caso, temos concepções jurídicas deficientes, ignorantes da vida, pairando no plano da abstração. No segundo, surgem ordenamentos jurídicos estabelecendo o relacionamento humano em bases insatisfatórias, marcadamente apoiados na coerção estatal, e passíveis de rompimento pela força das contradições sociais que tutelam. Jhering, embora partidário de uma certa fixidez no direito, por entender que a produção jurídica copiosa e rápida é de fraca força moral, não ignorava o desenvolvimento excepcional e rápido do direito sob a impulsão de forças violentas ⁽³¹⁾. Tais erupções são precedidas de longo tempo de preparação, vale dizer, de longa desconformidade entre direito e realidade histórica.

Não se imagine, porém que o ângulo de análise adotado implique em menosprezo ao aspecto lógico-formal do direito, à sua consideração como "ciência das normas" ⁽³²⁾ e nem que se esqueça que o trabalho do jurista exige o seu conhecimento acurado, visando ao trabalho de aplicação e de interpretação. O que se quer afirmar é a impossibilidade de redução do direito "a uma técnica consistente em um arranjo de princípios e de exceções". Mesmo "os mestres do normalismo jurídico nunca pretenderam que a norma legal seja um mero produto de uma inteligência indiferente às contingências sociais" ⁽³³⁾.

(31) "... Le droit ne rencontre que rarement des circonstances où sous l'influence d'impulsions soudaines et violentes, il prend une allure rapide et, que l'on me permette l'expression, où il lance volcaniquement hors de son sein de nouvelles couches toutes faites. Ces éruptions vives elles mêmes sont toujours précédées d'un long temps de préparation." Von Jhering, R. *L'esprit du droit romain*... Trad. de O. de Meulenaere. 3. ed. rev. cor. Paris, Lib. A. Maresq., 1886. v. 1, p. 70.

(32) Gaudement, Jean. *Études juridiques et culture historique Archives de philosophie de droit*. Paris, 1959.

(33) Ibid.

Ademais, nos nossos dias é inconcebível que os juristas se limitem à simples exegese dos artigos dos códigos. Uma parcela razoável dentre eles realiza o estudo das instituições, procurando desvelar-lhes as origens e os fins, as ambições e as deficiências. Desta tendência resultou um notável alargamento do horizonte jurídico, permitindo observar e "melhor apreender a amplitude das trocas constantes e das relações recíprocas entre a norma legal e a sociedade que deveria observá-la... **Visto sob este ângulo, o direito apresenta-se como um aspecto da vida social! É a um tempo seu quadro e seu produto. Orienta-a, mas também a exprime.**" Assim procedendo, é possível perceber-se a distância "que por vezes separa a regra teórica de sua formulação prática". Pondo em evidência os laços existentes entre o direito e os demais dados sociais "a história ensina ao legislador os limites de seu poder, ao juiz e ao jurista os perigos de uma lógica implacável" ⁽³⁴⁾.

Nesta perspectiva pode-se afirmar que, para bem compreender as teorias e normas jurídicas, é mister considerá-las em conexão com o meio em que nasceram, cujas tendências, interesses, e mesmo preconceitos criados pela força da tradição forçosamente refletem. Mas, se o direito sofre o influxo das contingências históricas, atua também como agente de sua transformação. Sob o primeiro aspecto, manifesta-se a função conservadora da norma legal, refletindo "uma determinada ordem social cuja regulação, cujo controle e cuja proteção se destina a realizar", protegendo, enfim, os valores socialmente aceitos. Sob o segundo, revela-se a sua função transformadora, traduzindo "necessidades sentidas pelos órgãos legiferantes", ou respondendo "ao consenso de grupos que se antecipam ao processo histórico", apresentando-se como agente modificador da sociedade ⁽³⁵⁾.

Consideradas nesta perspectiva as relações entre direito e história, evidencia-se o caráter dinâmico do fenômeno jurídico. O exame atento e despido de preconceitos dos fatores históricos é capaz de conduzir o raciocínio e, por consequência, a ação, a uma perspectiva lúcida, em que as diferentes forças sociais em jogo mostrem-se em rigoro-

(34) Gaudemet, op. cit., p. 15-7. (O grifo é nosso.)

(35) Rosa, F. A. de Miranda, op. cit., p. 61-2. (O grifo é nosso.)

so inventário, de maneira a que seja possível manipular-se o seu todo através do direito agindo de modo condicionante, exercendo a sua **função transformadora**, em busca de seu fim supremo — a realização do convívio harmônico entre os homens. Que se olhe, pois, a história, não para explicar e justificar instituições superadas pela força dos fatos, mas visando ao encontro daquelas adequadas ao presente, sem que se esqueça que vida é uma constante projeção no sentido do futuro. Não significa isto que se olvide a importância da **função conservadora**, pois sem a permanência da ordem social não se pode, logicamente, conceber a sua transformação. Importante é, sobretudo, que o direito não seja simplesmente condicionado por fatores cuja significação não se aferiu de modo preciso — o que poderá ocorrer por desconhecimento, ou por distorção da realidade, através da falsa imagem a que alude Collingwood.

2.1 A Escola Histórica Alemã — análise do pensamento de Savigny

A importância da Escola Histórica Alemã é inegável e por demais conhecida, devendo-se à circunstância de ter conduzido a investigação no sentido da determinação das forças modeladoras do direito, tendo ocasionado o ressurgimento do interesse histórico característico dos estudos jurisprudenciais do século XIX, sob a forma de minuciosas investigações, abrangendo remotos períodos da história do direito ⁽³⁶⁾.

Todavia, a concepção defeituosa por Savigny, por ser estática, estrema-se daquela que vem de ser exposta.

Afirmava Savigny que, até onde alcançava a história, reveste o direito civil um caráter determinado, peculiar a cada povo, constituindo, juntamente com sua língua, costumes e constituição política, um todo inseparável, cuja unidade deriva da “crença comum do povo”, do “sentimento uniforme de necessidades íntimas”, ficando excluída “toda idéia de uma origem meramente accidental e arbitrária” ⁽³⁷⁾. Há

(36) Bodenheimer, Edgar. *Ciência do direito; filosofia e metodologia jurídica*. (Jurisprudence; The Philosophy and Method of the Law.) Rio de Janeiro, Forense, 1966. p. 87-90.

(37) Savigny, F. de. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Trad. de Adolfo G. Posada. Buenos Aires, ed. Atalaya, 1946. Original alemão. p. 43.

uma dependência natural do direito relativamente ao costume e ao caráter de cada povo, que se conserva com o passar do tempo, à semelhança do que ocorre com a linguagem. Para ambos, como sucede com as demais tendências de cada povo, não há um só momento de repouso, mas constante movimento, sob o influxo de uma necessidade intrínseca, como qualquer outra manifestação primitiva. “O direito progride com o povo, aperfeiçoa-se com ele, e finalmente perece quando o povo perde sua individualidade”. “O direito vive na crença comum do povo” mas seu progresso interno é mais difícil de discernir-se nos tempos de maior cultura. Na medida em que progride a civilização, as múltiplas atividades de cada povo vão-se especializando e o que, a princípio, formava um conjunto, divide-se em múltiplos ramos, um destes tocando aos juristas. “Deste modo, o direito, juntamente com a linguagem, aperfeiçoa-se, ganha aspecto científico, e o que antes vivia na **consciência popular converte-se daí em diante em matéria da competência dos juristas, que, deste modo, vêm a representar o povo**”. A partir deste momento, “sem deixar de haurir sua vida da vida do povo, produz-se simultaneamente outra vida, como obra especial da ciência, a cargo dos juristas” ⁽³⁸⁾. E o próprio Savigny sintetiza suas idéias, escrevendo que “todo o direito tem sua origem naqueles usos e costumes, aos quais costuma-se denominar com assentimento universal, embora sem grande exatidão, direito consuetudinário; isto significa que o **direito origina-se, em primeiro lugar, dos costumes e crenças populares, e, após, da jurisprudência; sempre, portanto, em virtude de uma força interior e silenciosa, jamais em virtude do arbítrio de qualquer legislador**” ⁽³⁹⁾.

É sabido que Savigny escreveu sua célebre monografia em 1814, em resposta à proposição feita pelo professor de direito civil da universidade de Heidelberg — Thibaut que, através de um opúsculo intitulado “Sobre a necessidade de um direito comum para a Alemanha”, defendia a necessidade de realizar-se a codificação das leis e costumes dos vários estados germânicos tendo por base o direito romano e o código napoleônico ⁽⁴⁰⁾. O propósito confessado por Savigny era de

(38) Ibid., p. 46-7. (O grifo é nosso.)

(39) Savigny, op. cit. acima nota 38, p. 48. (O grifo é nosso.)

(40) Bodenheimer, op. cit. acima nota 36, p. 88; Mata-Machado, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte, ed. Vega, 1972. p. 240.

oposição à obra codificadora, por entender que o sentido sistemático, peculiar aos códigos, confere ao direito uma nota de arbitrariedade, pois "seus elaboradores não levam em conta o desenvolvimento histórico do Direito", do que resultaria "estagnação das pesquisas científicas e a imobilização dos trabalhos dos juristas, que se fixa em fórmulas e se automatiza" (41). É conhecido o exagero a que chegou a Escola da Exegese na França, levando seus corifeus a orgulharem-se de nada conhecer de direito, exceção feita ao Código de Napoleão (42). Uma tal concepção conduziu, temporariamente, a uma paralisia do fenômeno jurídico. Dir-se-ia, portanto, que assistia razão a Savigny ao manifestar-se em tão decisivo desacordo com a obra codificadora. Não é, porém, menos verdade que ela acabou por impor-se na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, integrantes da família de direito romano-germânica (43), tendo os códigos facilitado de modo considerável o acesso às fontes formais e os exageros a que deram origem têm sido, de certo modo, atenuados pelos estudos concernentes à aplicação e interpretação dos preceitos legais, bem como pelas pesquisas sociológicas, atingindo as fontes materiais de onde brota o jurídico, sem olvidar as normas costumeiras e a influência recíproca que se estabelece entre estas e as normas codificadas.

Hoje, com a perspectiva temporal de que se dispõe, é possível emitir-se um juízo sobre a concepção de Savigny. De modo sintético, pode-se dizer que a investigação dos elementos históricos na formação das normas legais constitui o ponto alto a transparecer positivamente em sua obra. Todavia, como **todo** o direito dimana dos usos e costumes, que devem ser auscultados pelos juristas, como detentores da confiança popular encarregados de traduzi-los tecnicamente, assim explicando-se como "aquela grande massa de detalhes particulares pode nascer espontaneamente dos costumes, sem arbitrio nem desígnio preconcebido" (44), patenteia-se que o chefe da Escola Histórica Alemã considerava os fatores históricos sob o prisma da **função conservadora** da norma legal. Ademais, se é inegável a formação costumeira de certas regras jurídicas, não se pode reduzir toda a gênese do direito a esta forma, co-

(41) Mata-Machado, op. cit., p. 240.

(42) Ibid., p. 241.

(43) David, René, op. cit. acima nota 30, p. 27-8.

(44) Savigny, op. cit., p. 47.

mo também resulta impossível restringir a atividade do jurista à sua captação, por incompatível com a urgência com que, nos nossos dias de movediça evolução social, apresentam-se os fatos à regulação jurídica.

Já a visualização das relações entre história e direito, tal como vem sendo exposta, revela sua fecundidade especialmente em perspectiva futura, eis que "a história, pelo fato de iluminar o passado, ilumina o presente, e pelo fato de iluminar o presente, ilumina o futuro" (45). Suas virtualidades mostram-se no trabalho hermenêutico, na esfera de aplicação judiciária do direito. Aludimos hipótese de surgimento de litígios inconciliáveis, para cuja composição seja necessária a intervenção do aparelho judiciário do estado. Todavia, a experiência mostra que a maioria das relações jurídicas estabelecem-se e resolvem-se em conformidade com as regras em vigor, dispensando a intervenção de qualquer autoridade estatal. Embora se deva "reservar um lugar especial à justiça contenciosa, necessária como instituição", não se pode esquecer que "as partes podem, na maioria das vezes, dispensá-la recorrendo a formas de justiça privada (como, por exemplo, a arbitragem), ou regulando seus direitos de forma amigável" (46), pois os tribunais devem aplicar a lei em consonância com as condições atuais de cada sociedade, sob pena de incorrerem no erro de considerá-las isoladamente ou **in vácuo**. Por esta forma, as normas legais, estabelecendo padrões de comportamento futuro, adaptam-se às novas condições surgidas com o passar do tempo. Neste sentido, M. Ballot-Beaupré, Presidente da Corte de Cassação da França, referiu-se à adaptação da legislação napoleônica às condições modernas, mediante a interpretação judicial: "Nós não indagamos o

(45) Cardozo, Benjamin N., *A natureza do processo e a evolução do direito*. (The Nature of the Judicial Process and The Growth of the Law.) Trad. de Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo, ed. Nacional de Direito, 1956. p. 28. "Se alguma vez parecesse verossímil que o espírito histórico (o espírito que se esforçou por compreender o direito clássico de Roma, as Doze Tábuas, a Lei Sállica e o direito de todas as eras e climas) era fatalístico e inimigo de reformas, esse tempo já ficou no passado... Atualmente, podemos considerar a tarefa da pesquisa histórica como explicativa e, portanto, iluminadora da pressão que o passado deve exercer sobre o presente e o presente sobre o futuro. Hoje, estudamos o dia de anteontem, a fim de que o de ontem não venha a paralisar o de hoje, e o de hoje não venha a paralisar o de amanhã". Maitland "Collected Papers". v. 3, p. 438. Cf. Cardozo, op. cit., p. 28-9. O grifo é nosso.

(46) Rigaux, François. *Droit international privé*. Bruxelles, F. Larcier, 1968. p. 28.

que o legislador quis há um século, mas o que haveria de querer caso soubesse quais seriam as nossas condições presentes". Assim também Kohler: "Falar de uma interpretação exclusivamente correta, que seria o verdadeiro sentido da lei, desde o início até o fim de seus dias, é inteiramente errôneo" (47).

3. Comprovações no plano do Direito Internacional Privado

Pode-se comprovar a vinculação entre direito e história, nos termos em que vem sendo exposta, mediante um exame da evolução das regras de direito material ou substancial, que atribuem imediatamente, sem o permeio de quaisquer outras regras, efeitos jurídicos aos fatos por elas previstos. Entretanto, a comprovação é suscetível de ser estendida ao campo do Direito Internacional Privado, cujas regras não atingem a matéria social a não ser através das normas materiais ou substanciais, que se limitam a indicar, para dar tratamento jurídico aos fatos que constituem seu objeto. Tais fatos caracterizam-se por não se limitarem a uma só esfera normativa, entretendo vinculações com mais de um sistema jurídico autônomo (48).

Nos Estados Unidos, a posição do **American Law Institute** é bastante clara a este respeito, entendendo que as regras de Direito Internacional Privado destinam-se a regular as relações jurídicas ultrapas-

(47) Cardozo, op. cit. acima nota 45, p. 46-7.

(48) No âmbito do Direito Internacional Privado, a matéria concernente à regulação das relações privadas internacionais constitui um objeto específico. "A situação privada internacional desdobra-se em um espaço internacional, localizando-se seus elementos constitutivos de um lado e de outro de fronteiras nacionais", de onde decorre a multiplicidade de sistemas jurídicos nacionais potencialmente capazes de serem chamados a regê-la. Problema semelhante põe-se, face à existência dos assim chamados conflitos interterritoriais, cuja gênese encontra-se em atribuir à constituição de vários Estados "competência legislativa a subdivisões territoriais, em matéria de direito privado", como sucede nos Estados Unidos da América do Norte, no Canadá e no México. Todavia, "a analogia entre os dois problemas é tal, que a maioria das obras americanas quase que não faz distinção entre os conflitos interfederais (*interstate conflicts of laws*) e conflitos internacionais (*international conflicts of laws*), embora os últimos distingam-se dos primeiros pela ausência, nestes, de uma fonte de direito que se imponha ao respeito dos Estados nacionais, bem como de uma jurisdição que lhe seja comum". Rigaux, op. cit. acima nota 46, p. 87-9.

sando a fronteira de mais de um Estado, sendo este definido como "uma unidade territorial tendo um sistema jurídico distinto". Vale dizer, as regras de Direito Internacional Privado sedimentadas no **Restatement Second** aplicam-se tanto aos casos mantendo vínculos com mais de um Estado da federação americana, quanto àqueles cujos elementos encontram-se disseminados entre sistemas jurídicos diversos, pertinentes a Estados soberanos, apesar de que os últimos possam, eventualmente, carecer de soluções diferenciadas (49). Efetivamente, mesmo ao nível das regras indiretas de Direito Internacional Privado, que não alcançam senão mediatamente os interesses humanos, a atuação dos dados históricos é suscetível de ser demonstrada, evidenciando-se, simultaneamente, as funções conservadora e transformadora de teorias e regras pertinentes a este ramo da ciência jurídica.

Em algumas hipóteses, tais dados são facilmente perceptíveis. Assim, a grande difusão do princípio nacional (da nacionalidade utilizada como **elemento de conexão**) para reger a matéria referente ao estatuto pessoal, no século XIX, na Europa e na América Latina, "foi encorajada pelo despertar das nacionalidades e tornado possível pela codificação do direito privado nacional". Nos dias de hoje, nos limites do Mercado Comum Europeu, a nacionalidade é o critério mais cômodo à regulação do estatuto pessoal porque "a liberdade de circulação tende a crescer a mobilidade da mão-de-obra e, conseqüentemente, as mudanças de domicílio e de residências nos limites da Comunidade Européia". Trata-se, portanto, de critério que, nas condições históricas atuais, propicia uma maior estabilidade jurídica, capaz de permitir aos Estados integrantes da aludida comunidade harmonizar as soluções nesta matéria (50).

(49) *Restatement of the Law Second. Conflict of Laws. Proposed Official Draft*, pt. 1. Philadelphia, Pa., The American Law Institute, 1967. par. 2, 3, 10.

(50) Rigaux, op. cit. acima nota 46, n. 266, p. 339-41. Estes exemplos e os demais que se seguem, referentes ao Direito Internacional Privado, foram objeto de estudo do autor, em tese de doutorado: Azevedo, Plauto Faraco de. *Recherches sur la justification de l'application du droit étranger chez les Anglo-américains et leurs antécédents Hollandais*. Préf. de François Rigaux. Louvain, Centre de Droit International, 1971 agora, ao serem retomados, foram restringidos ou ampliados, conforme o aconselhou a conveniência, a fim de servirem como subsídio comprobatório das relações existentes entre o direito e a história.

Em outros casos, a influência dos dados históricos sobre teorias e regras jurídicas, bem como o influxo por estas exercido sobre aqueles não se apresenta a um exame desaperecebido, exigindo mais cuidadosa análise.

3.1 A Escola Estatutária Holandesa e a "comitas gentium"

Quem examinar o Direito Internacional Privado, na Holanda do século XVII, vai encontrar a influência decisiva da Escola Holandesa dos Estatutos, cuja característica fundamental é a territorialidade, vale dizer, a tendência a aplicar somente a *lex fori*, a lei local. Este estado de espírito foi apreendido por Batiffol em uma fórmula curta e incisiva, afirmando que os holandeses "tendiam a um particularismo nacional hostil à aplicação das leis estrangeiras" (51). O significado desta inclinação só pode ser compreendido mediante o conhecimento de suas coordenadas históricas.

Estas revelam que a Escola Holandesa integrava um movimento de pensamento mais amplo denominado Teoria dos Estatutos que se desenvolveu na França, na Itália, na Holanda e na Alemanha, suscitando uma literatura especial, tendo em vista a solução de conflitos de leis interterritoriais, face à existência de leis e costumes diversos dentro de cada país. Tratava-se de um conjunto de regras, tendo por finalidade solver os conflitos de leis à época existentes dentro dos Estados, e, em segundo lugar, os conflitos internacionais (52). A Teoria dos Estatutos dominou o Direito Internacional Privado desde a segunda metade do século XIII até o fim do século XVIII, passando por diversos estágios (53). O que lhe confere unidade é o método empregado, de vez que pretendia solver toda a problemática do Direito Internacional Privado mediante o exame da regra de direito: a territorialidade ou extraterritorialidade dos estatutos encontrava-se na exclusiva dependência do exame de seu texto, prescindindo-se de regras especiais contendo critérios indicativos da lei aplicável (54).

(51) Batiffol, Henri. *Droit international privé*. 4. éd. Paris, Lib. Générale de droit et jurisprudence, 1967. p. 262.

(52) Lainé, Armand. *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts*. ... Paris, F. Pichon, v. I, 1888, p. 45, 47.

(53) *Ibid.*, p. 48.

(54) "Sans avoir besoin de prescriptions spéciales réglant le conflit des lois, on les trouve contenues dans le texte des statuts; elles sont là, on n'aura qu'à les découvrir". Gutzwiller, Max. *Le développement historique du droit international privé*. In: *Recueil des cours*, IV, 1929. p. 312.

Situada a Escola Holandesa em relação à Teoria dos Estatutos, deve-se explicitar que sofreu aquela, inicialmente, a influência da Escola Francesa dos Estatutos. Representava esta a expressão jurídica de idéias feudais dominantes à época, traduzindo-se pela "soberania feudal dos costumes, fonte da territorialidade estrita e absoluta do direito" (55). O poder do senhor feudal "identifica-se com a propriedade do solo" e, na esfera de abrangência em que exercitava seu poder, não havia de sua parte disposição de aceitar ingerências externas representadas pela aplicação de uma lei diferente da local. Tal estado de coisas manteve-se até o século XVI porque "a feudalidade, arruinada do ponto de vista político, mantinha-se intacta nos costumes e no domínio do direito" (56). Bertrand d'Argentré foi o jurista cujas idéias vieram a refletir este clima histórico. Segundo ele, todas as leis são estritamente territoriais, não ultrapassando a extensão do respectivo território, mas aí impondo-se de forma incontestável. Tais são os estatutos reais, que comportam uma exceção, constituída pelos estatutos pessoais, referentes a certas pessoas, admitindo aplicação extraterritorial, "isto é, permanecem aplicáveis a estas pessoas mesmo fora do território" (57). Todavia, a aplicação extraterritorial dos estatutos, na teoria de d'Argentré era muito limitada, de vez que os estatutos pessoais (passíveis de aplicação extraterritorial) subordinam-se aos reais (aplicáveis tão-somente nos limites do território, de forma soberana e exclusiva), considerando-se que, toda vez que os estatutos pessoais tocassem nas coisas (bens imóveis), convertiam-se em estatutos reais (insuscetíveis de aplicação extraterritorial).

Esboçadas as características gerais da Teoria dos Estatutos, bem como da Escola Estatutária Francesa através do pensamento de d'Argentré, cabe se indiquem as causas de sua influência na Holanda do século XVII, onde dominava, no plano do Direito Internacional Privado a Escola Estatutária Holandesa. Nenhum jurista estudou melhor do que Lainé o quadro histórico em que se encontravam imersas as províncias que hoje integram a Holanda.

(55) Lainé, op. cit. acima nota 52, p. 269.

(56) *Ibid.*, p. 270-5.

(57) *Ibid.*, p. 316.

A época trazia a marca da prosperidade, traduzida por um comércio intenso. Na medida em que este se desenvolvia, mostrava-se a necessidade de editar normas de Direito Interuacional Privado, visando à regulação das relações jurídicas de direito privado desbordando os limites de cada uma das províncias (conflitos interprovinciais), como também daquelas que ultrapassavam as fronteiras das províncias holandesas globalmente consideradas (conflitos internacionais). Às últimas, pela vez primeira, aludiu e ofereceu soluções Huber (58).

A par do desenvolvimento comercial, constituía traço marcante da época o desejo veemente de independência política, nascido de uma longa ocupação estrangeira, tendo as províncias holandesas pertencido sucessivamente "a seus condes, aos duques da Borgonha e aos reis da Espanha". Reagindo contra tal estado de coisas, os holandeses tratavam de salvaguardar os privilégios detidos por suas províncias, dentre os quais destacava-se a autonomia jurídica de que gozavam. Nestas condições, compreende-se o entusiasmo com que foram aceitas na Holanda as idéias de d'Argentré, firmando-se o princípio da territorialidade (59). Observe-se que, sob este ângulo, se evidencia a **função conservadora** do direito, na medida em que sofre a influência da história.

Mas a territorialidade do direito não poderia ser mantida integralmente, sob pena de fecharem-se as províncias holandesas sobre si mesmas, renunciando às potencialidades do comércio internacional. Era, pois, necessário um princípio capaz de contrabalançar a tendência territorialista, correspondendo a uma abertura para o exterior. Deste movimento dialético surgiu a **comitas gentium**, como explicação da necessidade de, em determinadas circunstâncias, aplicar direito estrangeiro, de maneira a propiciar o desenvolvimento do comércio, mercê da apresentação de soluções razoáveis no plano do Direito Internacional Privado.

Diga-se, de passagem, que a expressão **comitas gentium** gerou uma estéril controvérsia doutrinária a propósito de sua tradução. Sem

(58) Huber, Ulrich. *Praelectiones juris romani et hodierni*. 1689. tomo 2, livro 1, tit. 3. In: Davies, D. J. Llewelyn. *The Influence of Huber's de Conflictu legum on English Private International Law*. *British Year Book of International Law*, 1937, p. 49-78.

(59) Lainé, op. cit. acima nota 52, p. 398-9.

entrar em seus detalhes, apenas querendo dar uma idéia de seu alcance, basta que se lembre que pretenderam alguns devesse ser traduzida por cortesia ou benevolência internacional e, portanto, insuscetível de fornecer uma explicação juridicamente aceitável da aplicação do direito estrangeiro, já que deve esta repousar sobre critérios de justiça, e não sobre a cortesia potencialmente exercitável entre soberanos.

Registrada essa controvérsia vocabular, releva ir além dessa perspectiva, de natureza circunscrita, buscando o significado histórico daquela expressão. Encontra-se este na medida em que se percebe que respondia a um movimento histórico integrado por tendências contraditórias. Diante da realidade com que se defrontaram os juristas holandeses, a **comitas gentium** surgiu como resposta jurídica positiva ao alargamento da vida, às necessidades do comércio, que não mais se podiam comensurar aos limites estreitos da territorialidade. Patentia-se, naquela fórmula, a **função transformadora** do direito, pois, sem negar o nacionalismo, o desejo de independência política, vivo à época, representou uma abertura no sentido do internacionalismo nascente e já perceptível na obra de Grotius.

3.2 O jury system e a elaboração tardia do Direito Internacional Privado inglês

Na verdade, o Direito Internacional Privado, formado por normas indiretas, distanciadas dos interesses humanos, tendo sido qualificadas por um autor norte-americano de modo manifestamente exagerado (para não dizer inadequado), de normas vazias e exângües, exprimindo a indiferença do Estado em relação à solução do **litígio** (60), inobstante este distanciamento — e, neste sentido, é sugestiva, em que pese ser inadequada a posição de Currie — apresenta-se fértil em exemplos conducentes à demonstração da íntima relação existente entre direito e história e das recíprocas influências que constantemente se operam entre ambos.

(60) Com efeito, afirma Currie que "a choice-of-law rule is an empty and bloodless thing" ... "actually, instead of declaring an overriding public policy, it proclaims the state's indifference to the result of litigation". Currie, Brainerd. *On the Displacement of the Law of the Forum*. In: *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, N. C., Duke University press, 1963. p. 52.

Pode-se encontrar a prova desta vinculação mesmo no plano judiciário, no sistema da **common law**. No **Ward's case** ⁽⁶¹⁾, decidido em 1625, o foro inglês foi chamado a conhecer de um litígio em que o autor, de nacionalidade inglesa, reclamava de outro súdito inglês o pagamento de uma dívida, fundada em uma fatura extraída em Saint Mary Le Bow, em Londres. Inobstante a alegação do autor, na verdade, a fatura havia sido extraída em Hamburgo. Esta circunstância, denunciadora do fenômeno da fronteira, estranha ao foro inglês, ensejava os problemas peculiares ao Direito Internacional Privado — o problema preliminar de escolha do foro apto a conhecer e decidir o litígio (o chamado conflito de jurisdição) e o problema posterior, de escolha da lei aplicável (o chamado conflito de bens no espaço), já que o caso mantinha contato com dois ordenamentos jurídicos autônomos pertinentes a dois Estados soberanos — Inglaterra e Alemanha.

Para resolver o primeiro, declarou o juiz que, para assegurar a jurisdição ao foro inglês, era necessário considerar que Hamburgo se encontrava em Londres. Mediante a utilização desta ficção, pode o magistrado inglês considerar procedente o pedido. Impõe-se a atenção sobre o artifício empregado que prima, aliás, pelo pitoresco da linguagem da época: “apesar de que nós saibamos que Hamburgo se encontra além do mar, enquanto juizes não tomamos em consideração que esta cidade se encontre além do mar” ⁽⁶²⁾. Que dizer da justificativa empregada para assegurar a jurisdição do foro inglês sobre o caso? Vista fora de seu contexto histórico, dir-se-ia que o magistrado era um original, um inglês amante de excentricidades dando vazão a suas inclinações pessoais no desempenho de suas atribuições. Todavia, a investigação leva a constatações bastante diferentes, reveladoras do senso prático do juiz britânico assim como de seu espírito de justiça.

A espécie constitui exemplo de esforço para harmonizar a idéia de justiça com a tradição histórico-jurídica inglesa, vale dizer, para conciliar as funções transformadora e conservadora do direito.

(61) Latch 3 (1625)

(62) “Et si en verity nous sciamus... Hamburg ouster le mere, we come judges ne prisamus notice gest ouster le mere.” Latch 3 (1625).

Ocorre que a formação do Direito Internacional Privado inglês deve ser considerada lenta, tardia mesmo, se comparada com o desenvolvimento desta disciplina jurídica em outros Estados da Europa continental. Constata-se que foi somente após o século XVII que a lei estrangeira passou a ser admitida, ainda que raramente e de maneira velada, pelos tribunais ingleses ⁽⁶³⁾, podendo-se afirmar que data da metade do século XVIII o nascimento do Direito Internacional Privado inglês ⁽⁶⁴⁾, o que se explica pela ausência dos chamados conflitos interterritoriais existentes na França e na Itália, durante a Idade Média, tendo em visto o estabelecimento de um governo fortemente centralizado após a conquista normanda, em 1066, propiciando o estabelecimento de uma supremacia completa dos tribunais reais sobre os tribunais locais. Tendo jurisdição sobre todo o território, os tribunais reais terminaram por estabelecer, de modo definitivo, no século XII, uma lei comum a todo o reino, a **common law**.

No que tange aos chamados conflitos internacionais, entre os quais se situa o **Ward's case** supra referido, a regra estabelecida e vigente até o início do século XVII era de que tais casos não poderiam ser julgados nos limites da **common law**. Tal regra explica-se em função das características do sistema judiciário então em vigor na Inglaterra. A administração da justiça, em matéria cível ou criminal, realizava-se segundo o **jury system**, fundado em uma antiga constituição inglesa, e segundo o qual um cidadão não poderia ser atingido em sua pessoa, liberdade ou propriedade, senão mediante o consenso unânime de doze de seus vizinhos e iguais.

Tratava-se de juizes recrutados na vizinhança que deveriam ter **conhecimento pessoal** da matéria litigiosa. Tal sistema impedia o conhecimento de litígios originados de fatos ocorridos, ao menos em parte, no exterior (conflitos internacionais), pois seria impossível supor-se que tais juizes deles tivessem conhecimento pessoal ⁽⁶⁵⁾.

(63) Nussbaum, Arthur. *Principles of Private International Law*. New York, Oxford University press, 1943. p. 15.

(64) Sack Alexander N. *Conflicts of Laws in the History of the English Law*. In: *Law a Century of Progress 1835-1935*. 1937. v. 3, p. 398.

(65) Sack, op. cit. acima nota 64, p. 344, 345, nota 40, 346.

Mas, é necessário que, modificando-se as condições sociais, embora o direito não as possa acompanhar **pari passu**, esteja em medida de, com prudente brevidade, traçar-lhes adequada disciplina. É justamente o que vai verificar-se no âmbito do Direito Internacional Privado inglês, no século XVII. Por volta de 1605, o regime social e econômico, fundado sobre a propriedade da terra, a agricultura e outras ocupações de caráter local, havia-se modificado, apresentando como característica marcante a existência de diferentes sortes de propriedades pessoais, situadas não somente na Inglaterra como no exterior. Tendo em vista tal situação, o **jury system** foi gradualmente modificado, passando a decidir sobre matérias de que seus membros não tinham conhecimento pessoal, aceitando o depoimento de testemunhas, vindo o processo orientado pelo testemunho a converter-se na principal maneira de informação judiciária ⁽⁶⁶⁾.

Conhecidas as circunstâncias em que foi decidido o **Ward's case**, o campo de investigação se ilumina, a ficção empregada mostra-se inteligível, e o direito evidencia-se, no plano judiciário, em uma perspectiva dinâmica de auto-superação, pondo-se em relevo sua **função transformadora**.

3.3 As coordenadas histórico-jurídicas da doutrina norte-americana contemporânea.

Também a consideração das tendências atuais do Direito Internacional Privado americano revela-se em medida de lançar luzes sobre o tema em exame, oferecendo provas das assertivas teóricas feitas.

A existência deste ramo do direito supõe a possibilidade de aplicação, em determinadas hipóteses, de direito estrangeiro, para reger os fatos mantendo contato com mais de uma esfera legislativa autônoma ou soberana. As hipóteses em que efetivamente aplicar-se-á direito estrangeiro ao invés da **lex fori** não são passíveis de determinação **a priori**, face à abstração característica do dado indicativo da lei aplicável (elemento de conexão), contido na consequência jurídica da norma de Direito Internacional Privado. Apenas mediante a aplicação des-

(66) Ibid., p. 348, 357.

ta concretiza-se o **elemento de conexão**, permitindo a determinação do direito material, nacional (local) ou estrangeiro, apto a reger a espécie.

Importa, porém, sublinhar que, se a existência do Direito Internacional Privado implica a possibilidade de aplicação de direito estrangeiro, deve este ser considerado, em tese, **em pé de igualdade** com a **lex fori**, isto é, com a legislação a que se encontra o juiz adstrito e que serve de ponto de referência para qualquer raciocínio lógico nesta matéria. Só uma visão míope, embasada no chauvinismo jurídico, pode considerar que a **lex fori** deva ser vista em um plano superior à lei estrangeira. A paridade das duas classes de leis — local e estrangeira — encontra-se à base de toda a construção neste domínio jurídico. Trata-se de uma premissa de raciocínio a um tempo indiscutível e rudimentar. Como conciliá-la, pois, com o **princípio da predominância da lei local (lex fori)** expresso pela moderna doutrina norte-americana? Neste aspecto, como nos demais já considerados, apenas a investigação histórica é capaz de propiciar uma explicação satisfatória. Efetivamente, a consideração isolada do princípio enunciado conduziria ao engano, talvez ao menosprezo por uma corrente doutrinária caracterizada pela fecundidade e seriedade científicas, capaz mesmo de sugerir novos rumos de desenvolvimento do Direito Internacional Privado.

O princípio da **predominância da lei local (lex fori)** é defendido por Currie ⁽⁶⁷⁾ e Ehrenzweig ⁽⁶⁸⁾, cujas obras refletem, simultaneamente, a decepção relativamente a regras inflexíveis, e o esforço no sentido de encontrar um novo caminho capaz de conduzir a soluções mais satisfatórias. No pensamento de Cavers ⁽⁶⁹⁾ os problemas concernentes ao fundamento da aplicação do direito estrangeiro e do método de solução dos litígios consistentes de fatos que transcendem os limites de um ordenamento jurídico autônomo ou soberano são indissociáveis. Colocando-se na perspectiva da **common law**, entende que, para tutelá-los, aplica-se o método indutivo a um falso problema: a busca do sistema

(67) Currie, op. cit. acima nota 60.

(68) Ehrenzweig, Albert. **A Treatise on the Conflict of Laws**. St. Paul, Minn., West Publishing, 1962.

(69) Cavers, David F. A. Critique of the Choice-of-law Problem. **Harvard Law Review**, 47, 1933.

jurídico indicado pela norma de Direito Internacional Privado, **sem que se tenha em conta o conteúdo do direito material assim escolhido**, nem tampouco os efeitos que pode acarretar à solução do litígio. Por isso, propõe uma análise minuciosa de todos os dados de fato e de direito apresentados pelos casos concretos, a fim de que possa selecionar a norma ou normas materiais capazes de propiciar-lhes satisfatória regulação, pendendo nitidamente no sentido da equidade ⁽⁷⁰⁾.

Para que se possa compreender a real significação de tais tendências é preciso refazer a linha de pensamento que as originou.

Em primeiro lugar, é necessário que se tenha em mente que o sistema norte-americano é, à semelhança do que sucede com o ordenamento jurídico inglês, originariamente jurisprudencial. Tal caráter não perdeu seu significado, face às exigências do mundo atual, que determinaram o estabelecimento, na Inglaterra, no século XIX, de uma regra do **precedente** (*stare decisis* nos Estados Unidos), desconhecida nos séculos anteriores, e o desenvolvimento considerável da legislação (*statute law*), no século atual, característico do intervencionismo do estado moderno ⁽⁷¹⁾. Apreendendo de forma lapidar o espírito do direito anglo-americano, afirma René David que “ver no direito antes a busca da justiça do que um conjunto de regras, é uma maneira de pensar que condiz bem com o método de elaboração do direito prevalente nos países da “**common law**” ⁽⁷²⁾. Entretanto, mesmo um tal sistema não pode prescindir da ordenação garantidora da certeza jurídica. Nos Estados Unidos, o aumento crescente de decisões, em todas as matérias, determinou a fundação do **American Law Institute**, em 1923, tendo por obje-

(70) *Ibid.*, p. 176-80, 192-3. (O grifo é nosso.)

(71) David, José. Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 15: 7, 1970.

(72) “Aux Etats-Unis d’Amérique surtout on ne considère plus que la tâche des juristes soit d’appliquer des règles préparées à l’avance; c’est bien plutôt, enseigne le sociologisme de Roscoe Pound, de découvrir par une manière de “social engineering” ce qui est bon pour la société”. David, op. cit. acima, nota 71, p. 6. Com efeito, já escrevia Beale que “The genius of the common law does not lend itself to codification. The common law itself is too flexible and too subject to change with the changing necessities of the people to be comfortably confined in dogmatic form”. Beale, Joseph H. *A Treatise on the Conflict of Laws*. New York, Baker, Voorhis, 1935, v. T. p. 43.

tivo a organização e exposição do direito à época em vigor. Cumpriu o Instituto sua missão, em vários ramos do direito, respeitando os traços fundamentais da **common law**, sobretudo seu modo de expressão jurisprudencial, visando a ordenar a massa de decisões judiciais, seja quando haviam exprimido a lei, seja quando haviam aplicado a lei estabelecida legislativamente (*statutes*). Estabelecido o objetivo geral de mitigar “a incerteza ou a falta de clareza da lei”, que poderia alterar a forma de expressão e desenvolvimento tradicionais da **common law**, conduzindo à adoção de diplomas legais estabelecidos legislativamente ⁽⁷³⁾, esclarece Beale, o principal elaborador do primeiro **Restatement**, na parte referente ao Direito Internacional Privado, que tal exposição da **common law** “não tem a força de um código, devendo ser encarada como o seria pelos advogados de um estado se proviesse da mais alta corte desse estado. Em outras palavras, ela é presumivelmente a verdadeira expressão da lei” ⁽⁷⁴⁾.

Tendo sido a matéria referente aos conflitos de leis condensada, sistematizada, através do primeiro **Restatement**, em 1934, sua aplicação produziu, com o tempo, soluções injustas. Na impossibilidade de indicar-se aqui um grande acervo de tais situações, pode-se tomar, a título de exemplo significativo, o caso **Walton v. Arabian Oil Co.** ⁽⁷⁵⁾ decidido, em grau de apelação, em 1956, visto apresentar importância geral, do ponto de vista das atuais tendências da doutrina norte-americana, e particular, relativamente ao pensamento de Currie, que lhe dedicou acurada análise.

Leo Walton, cidadão americano, residente no Estado de Arkansas, encontrando-se temporariamente na Arábia Saudita, foi seriamente ferido à ocasião em que seu automóvel colidiu com um caminhão de propriedade da **Arabian American Oil Co.**, sociedade incorporada no Estado de Delaware, com permissão de comerciar no Estado de Nova Iorque, mas desenvolvendo, sobretudo, atividades comerciais em larga escala na Arábia Saudita.

(73) *Restatement of the Law of Conflict of Law*. St. Paul, Minn., American Law Institute, 1934, par. 9.

(74) Beale, op. cit. acima, nota 72, p. 43.

(75) United States Court of Appeals, Second Circuit, 1956, 233 F.2d. 541 apud Von Mehren, Arthur Taylor & Trautmann, Donald Theodore. *The Law of Multistate Problems*. Boston, Little & Brown, 1965. p. 91-4.

Walton ajuizou ação no foro de Nova Iorque contra a *Arabian American Oil Co.*, solicitando indenização por invalidez permanente, que lhe acarretava a perda de salários em sua profissão de piloto de linha.

A norma de Direito Internacional Privado, do Estado de Nova Iorque, apta a reger a espécie, indicava como aplicável a *lex loci delicti*, in casu a norma de direito material estrangeira, da Arábia Saudita. Entretanto, o autor não a invocou durante o julgamento de primeira instância, nem em grau de recurso. Tampouco alegou ou produziu qualquer prova neste sentido a ré. De outro lado, resultava que, segundo a lei material de Nova Iorque, a ré havia sido negligente e, portanto, responsável em relação ao autor. A negligência era manifesta, pois, no momento em que o acidente ocorrera, havia espessa cerração e o caminho de propriedade da ré transitava flagrantemente pelo lado esquerdo da estrada, tendo apenas um de seus faróis iluminados, e encontrando-se o autor normalmente atento. Todavia, o tribunal de primeira instância não acolheu a pretensão do autor, dizendo que não tomaria conhecimento da lei da Arábia Saudita, tendo sido confirmada a decisão em grau de recurso.

A decisão explica-se pela concepção anglo-americana segundo a qual a lei estrangeira é um fato e, como tal, deve ser provada. Como ficou explicitado, a regra de Direito Internacional Privado, existente no Estado de Nova Iorque, concernente aos atos ilícitos extracontratuais, estipula que se lhes aplique a lei material do lugar de sua ocorrência (*lex loci delicti*), no caso a lei da Arábia Saudita.

Apesar da regra geral, segundo a qual a lei estrangeira é considerada como fato, devendo ser provada, as regras processuais civis aplicáveis ao caso, emanadas tanto da União, quanto do Estado de Nova Iorque, permitiam ao Tribunal de Segunda Instância conhecer a lei estrangeira. O Tribunal, aliás, já havia assim procedido em caso precedente, aplicando a lei inglesa, que não havia sido nem invocada, nem provada.

Neste caso, porém, o Tribunal decidiu adotar entendimento diverso, alegando que não lhe seria lícito alargar por demais a interpretação da norma processual civil do Estado de Nova Iorque, de vez

que a compreensão das normas de direito material da Arábia Saudita, atinentes à matéria, não seria fácil. Ademais, justificava sua decisão porque, já na primeira instância, solicitara-se, de modo insistente, que o autor fizesse a prova da lei material estrangeira indicada. A despeito dessa insistência, decidira o autor contar fosse aplicada a lei material do Estado de Nova Iorque para solver o litígio (76). Alegou, ainda, que o caso apresentava princípios tão rudimentares concernentes ao ato ilícito extracontratual que deveria o Tribunal presumir sua existência na lei material da Arábia Saudita. Com isto não concordou o Tribunal, face à existência de um sistema jurídico diferente da *common law*, no qual não seria impossível a inexistência da obrigação do patrão em razão de atos negligentes cometidos por seus empregados. Por isso, entendia necessário que o autor tivesse feito a prova da lei material da Arábia Saudita atinente à matéria. Por tais fundamentos e, estimando que o autor tinha-se deliberadamente abstinido de estabelecer um elemento fundamental do litígio, confirmava o julgamento de primeira instância.

Enunciados os aspectos mais importantes do caso, pode-se ter dúvida de falar em denegação de justiça, considerando-se a pertinácia do autor de não subministrar a prova da lei estrangeira, embora tivesse o Tribunal admitido que esta exigência era de certo modo injusta, pois o autor se limitara a passar pela Arábia Saudita, quando ocorrera o acidente, ao passo que a ré, desenvolvendo atividades comerciais em larga escala neste Estado, encontrava-se em condições muito mais favoráveis para obter informações concernentes à sua legislação. Entretanto, o mínimo que se pode dizer é que a decisão é frustrante.

Currie afirma que, neste caso, a lei material do Estado de Nova Iorque (*lex fori*) foi afastada pela mera lógica do sistema: a pretensão de Leo Walton foi rejeitada "porque a regra de Direito Internacional Privado do Estado de Nova Iorque foi lida como uma ordem ao Tribunal de aplicar a lei da Arábia Saudita ou nenhuma outra". Entretanto, os dados do caso deixavam entrever a possibilidade de aplicação da lei material do Estado de Nova Iorque, do Estado de Arkansas ou, ainda, do Estado de Delaware (77). Com efeito, o caso mantinha conta-

(76) "He chose to rely on the applicability of New York 'law'" Von Mehren & Trautman. op. cit. acima nota 75, p. 93.

(77) Currie, op cit. acima nota 60, p. 3-5, 74.

tos, além da Arábia Saudita, com estes três Estados — com o primeiro a título de *lex fori* e também em virtude da permissão concedida à ré de nele realizar atos de comércio; com o segundo, por ser o Estado de origem e residência do autor; e, com o terceiro, por ter sido nele incorporada a ré.

Mas, a observação fundamental do autor, que permite ligar seu pensamento à posição assumida por Cavers, consiste na afirmativa de que aquilo que mais choca, no litígio, é que a lei material da Arábia Saudita “suplantou” (“displaced”) a *lex fori* (material) sem que o tribunal local tivesse podido conhecer as disposições desta última (78).

Expostas as linhas gerais do pensamento de Currie e a análise que fez do caso *Walton v. Arabian Oil Co.*, compreende-se tenha criticado as regras contidas no primeiro *Restatement of the Law of Conflict of Law*, considerando-as insatisfatórias, e tenha afirmado que, se resultados semelhantes ao desse caso, devidos à aplicação mecânica das regras de Direito Internacional Privado (“instances of mechanical application of the rules”) foram evitados, isto deve ser atribuído à sensibilidade dos tribunais (79).

No mesmo sentido situa-se Cavers quando se propõe a examinar a “natureza do problema que, segundo se pensa, um caso de Direito Internacional Privado suscita” (80). Que sucede quando um litígio desta natureza se apresenta? O Tribunal limita-se a procurar o “sistema jurídico cuja lei deverá reger o caso em questão”, segundo a indicação feita pela regra de Direito Internacional Privado aplicável ao caso. Não se procura “uma regra material apropriada” (“an appropriate substantive rule”). O Tribunal aceitará a indicação da regra material sem conhecer seu conteúdo e, mediante tal designação, decidirá a espécie (81). Por isso, é insustentável a aplicação aos casos concretos de regras de Direito Internacional Privado operando automaticamente, através

(78) Currie, op. cit. acima nota 60, p. 48-9. (O grifo é nosso.)

(79) Currie, Brainerd. Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws. In: *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, N. C., 1963. p. 179-81.

(80) Cavers, op. cit. acima nota 69, p. 178.

(81) Ibid.

de critérios indicativos da lei aplicável (elementos de conexão) abstratos, pois, deste modo, uma vez feita a indicação do sistema jurídico em que se encontra a regra material aplicável à espécie, “o exame minucioso desta regra pelo Tribunal, salvo para fins de aplicação, é, deste ponto em diante, proibido” (82). Nestas condições, determina-se, por exemplo, o domicílio de uma pessoa, o lugar da situação de um bem ou da conclusão de um contrato, “mas, uma vez que a determinação é realizada, seu efeito sobre a escolha da lei é mecânico” (83). Julga Cavers que tal maneira de proceder é insuficiente, devendo o Tribunal valorizar todas as circunstâncias do caso *sub judice*, bem como os diferentes resultados capazes de serem produzidos pelas diferentes normas materiais pertinentes aos sistemas com que o litígio apresenta vinculações (84). É preciso que a escolha da regra material a ser aplicada ao litígio não fique à mercê da indicação automática feita por um princípio seletivo abstrato, mas que resulte da busca de uma decisão justa. Por isso, devem as normas de Direito Internacional Privado conter variáveis que lhes permitam adaptar-se à complexidade das situações a que se aplicam, cuja natureza não pode ser antecipada (85).

O movimento doutrinal norte-americano contemporâneo é expressivo de uma verdadeira rebelião em relação às regras expostas no primeiro *Restatement of the Law of Conflict of Law*, tendo conduzido o *American Law Institute* a um trabalho de revisão, a fim de conciliar duas tendências em choque — a certeza jurídica, assegurada pelas normas contidas no primeiro *Restatement* e a equidade, defendida pela doutrina, como reação a essas regras, por ela consideradas demasiadamente rígidas, através do *Restatement of the Law Second* (86).

(82) “The court must blind itself to the content of the law to which its rule or principle of selection points and to the result which that law may work in the case before it”. Cavers, op. cit. acima nota 69, p. 180.

(83) Cavers, op. cit. acima nota 69, p. 188.

(84) “The court is not idly choosing a law; it is determining a controversy. How can it choose wisely without considering how that choice will affect that controversy? Cavers, op. cit. acima nota 69, p. 189.

(85) Cavers, op. cit. acima nota 69, p. 193-5.

(86) *Restatement of the Law Second. Conflict of Laws. Proposed Official Draft*. Philadelphia, Pa., The American Law Institute, 1967.

Dentre os seus objetivos, releva o de evitar a existência de normas muito gerais e de dar preferência à enunciação de um maior número de regras caracterizadas pela flexibilidade, de modo a deixar uma grande margem de elaboração aos tribunais. Em síntese, buscou o **Restatement Second** estabelecer regras precisas apenas nos domínios em que tal política legislativa é possível e desejável, na suposição de que, nos demais, regras amplas e flexíveis devem bastar (87). A matéria atinente à propriedade tipifica o primeiro aspecto pela precisão das regras que se lhe referem, enquanto que aquelas referentes à matéria contratual e aos atos ilícitos ("wrongs") constituem exemplos do segundo, pois, nestes dois setores, o que se pode fazer é estabelecer um princípio geral, como o da aplicação da lei do Estado com o qual o caso guarda mais estreita vinculação "(such as application of the local law of the State of most significant relationship)", que servirá como simples dado orientador, deixando larga margem à ação dos tribunais (88).

Refazendo-se, por esta forma, a trilha histórica do pensamento norte-americano, no tocante ao Direito Internacional Privado, pode-se apreender o verdadeiro significado da doutrina contemporânea neste setor do direito.

O primeiro **Restatement of the Law of Conflict of Law** representou um movimento de autopreservação do modo de expressão caracteristicamente jurisprudencial da **common Law**, no sentido de evitar a desorganização decorrente do casuismo excessivo, pondo em relevo a **função conservadora do direito**.

Mas, a experiência mostrou que essa sistematização legal conduzia, em várias hipóteses, a decisões marcadas pela rigidez. Surgiu, então, o princípio da predominância da **lex fori** como força contrária a tal estado de coisas, culminando com a tendência à equidade, visando a recolocar nas mãos do judiciário o desempenho de sua função eminentemente criadora, reassumindo a jurisprudência, no campo dos conflitos de leis, o papel de fonte formal do direito que sempre lhe coube de

(87) Reese, Willis L. M. *Conflict of Laws and the Restatement Second. Law and Contemporary Problems*, 28(4): 681, 1963.

(88) *Restatement Second*, 1967, par. 6. Comment on Subsection (2) "c".

modo incontestado no sistema da **common law**, mas que lhe fora momentaneamente tolhido. Estas tendências opostas, mas complementares, de sistematização e de criação jurisprudencial, expressam-se na obra conciliadora do **Restatement Second**. E, neste passo, entrelaçam-se as **funções conservadora e criadora do direito**, pois, ao mesmo tempo que o sistema jurídico norte-americano retoma seu modo característico de expressão, é também perceptível um movimento em direção ao futuro, visando à obtenção de decisões mais em harmonia com o sentido da justiça.

Finalmente, impõe-se a observação que a importância do movimento doutrinal norte-americano contemporâneo, a revisão crítica da metodologia a ser aplicada à solução dos casos de Direito Internacional Privado, que lhe confere sua maior significação, vai além do sistema da **common law**, devendo constituir-se em tema de relevante interesse mesmo nos Estados de direito codificado, de origem romanista, porque, mesmo nestes, essa disciplina jurídica continua a ser, em larga medida, produto da elaboração jurisprudencial.

4. Comprovação no plano do Direito Material, através do Direito do Mar

Se a recíproca interação existente entre direito e história é suscetível de ser demonstrada mesmo no plano das normas indiretas de Direito Internacional Privado, não seria no direito material, regulador imediato dos interesses humanos, que se haveria de encontrar dificuldade de corroborá-la.

Na impossibilidade de pesquisá-la nos vários ramos do direito, o que não comportariam os limites da presente pesquisa, pode-se escolher um setor do Direito Internacional Público, até há poucas décadas constituído por um conjunto de regras de tal forma sedimentadas pela força da tradição, que dir-se-iam inutáveis ou insuscetíveis de reflexão criadora. Trata-se do Direito do Mar (89).

(89) As presentes considerações fundam-se na conferência do Professor René-Jean Dupuis, proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a 23-3-72, tendo sido seu texto francês por nós fixado e reconstituído, acompanhado de sumário em língua portuguesa, e publicado na *Revista da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, São Leopoldo, 3(6): 85-96, 1973.

Durante muito tempo pensou-se que o meio marinho havia sido definitivamente tutelado por um conjunto de regras estabelecidas por eméritos juristas e, em particular, por Grotius, permanecendo tal situação até as últimas décadas, quando percebeu-se que o **princípio da liberdade**, estabelecido pelo jurista holandês, não mais podia embasar o regime jurídico dos mares, face à mudança das relações sociais, decorrentes das novas técnicas, incidentes sobre o meio marinho. Os fatores de ordem técnica vieram a permitir a sua utilização sob múltiplas facetas, suscitando problemas de ordem econômica apenas passíveis de solução mediante uma nova regulamentação jurídica.

Constata-se que o direito do mar, nos dias de hoje, mudou sob três pontos de vista em relação aos traços que o distinguiam há apenas cerca de vinte e cinco ou trinta anos.

Em primeiro lugar, o regime jurídico clássico era **unidimensional** — era um direito de superfície, por ser o mar concebido essencialmente como uma via de navegação. Hoje, apresenta-se como **pluridimensional**, face à utilização não apenas de sua superfície, mas de seu fundo, de seu leito e de seu subsolo.

Em segundo lugar, o direito do mar tinha, essencialmente, por objeto o movimento por concernir aos navios. Concebia-se o mar como via de comunicação e todas as suas utilizações supunham o movimento. Todavia, desde a antiguidade, era também considerado um repositório de riquezas, que se imaginava apenas constituído pelas reservas vivas, capazes de utilização através da pesca. Hoje, porém, mercê do desenvolvimento tecnológico, alargou-se tal concepção, tendo-se em vista também as riquezas minerais — estanho, cobre, alumínio, magnésio, petróleo, determinando que um novo tipo de **utilização fixa** do mar assumisse relevo.

Compreende-se, assim, a premência e a importância da pergunta formulada a 1.º-11-67, pela vez primeira, nas Nações Unidas: “a quem pertence o fundo do mar?”. Desde então essa indagação, feita pelo embaixador de Malta — A. Pardo, tem sido renovada, e sua solução é objeto de constantes cogitações do Comitê do Mar das Nações Unidas. A relevância da questão explica-se em virtude da evolução verificada

nas relações do homem com o mar. Não deixou este de ser visto como **jus communicationis** — é, mais do que nunca, uma via de comunicação, permitindo a aproximação entre os homens e a integração de um mundo em crescente interdependência, facilitando o transporte e a troca de bens necessários à satisfação de múltiplas necessidades humanas. Mas é inegável que o avanço da tecnologia veio pôr ao alcance do homem o aproveitamento mais cabal de suas riquezas vivas, em função do desenvolvimento e aperfeiçoamento das técnicas de pesca, bem como dos recursos minerais contidos em seu subsolo. Tanto no que tange às primeiras, como aos últimos, o **princípio da liberdade do mar** mostra-se insuficiente. É necessário que a liberdade, neste setor, como alhures, seja disciplinada pelo direito, para que não seja desvirtuada, deixando de perseguir os fins concernentes ao interesse geral, voltando-se para interesses particulares, por deterem estes maior força capaz de lhes assegurar o exercício da liberdade em seu exclusivo benefício ⁽⁹⁰⁾.

Efetivamente, em um mundo cuja população deverá dobrar até o ano dois mil e que deverá fazer face ao problema da alimentação de tal contingente populacional ⁽⁹¹⁾, é impossível que se permita que a

(90) “Dès lors, puisqu'on ne peut pas partager la mer, elle est à tout le monde. Mais, en réalité, elle n'a jamais été à tout le monde. Elle a toujours été aux plus puissants... C'était donc la liberté pour les grandes puissances maritimes d'y faire ce qu'elles voulaient. Voilà pourquoi je dis qu'à l'heure actuelle, Grotius est mort parce que la liberté des mers est morte aussi et que c'était lui qui en avait proclamé le principe dans une consultation (et non pas dans un poème), qu'il avait donné à la Compagnie des Indes Néerlandaises, afin de rassurer les scrupules des actionnaires de cette vertueuse société.” Dupuis, op. cit. acima nota 89, p. 89.

(91) “Sabemos hoje que a população do mundo dobra de trinta e cinco em trinta e cinco anos (cada 28 anos na África; 24 na América Latina). No ritmo presente, seremos 4 bilhões, em 1975, e 8 bilhões, no ano 2010. A Terra, sob a mais justa distribuição de recursos concebível, não poderá alimentar tanta gente. Essa a conclusão de Paul e Anne Erlich, dois ecologistas de reputação impecável, cuja obra, **Population, Resources, Environment** (População, Recursos, Ambiente), foi publicada este mês nos EUA e analisada pelo economista Robert L. Heilbroner. (**O Futuro como História, Elementos de Macroeconomia, A Luta pelo desenvolvimento, Elementos de Microeconomia, Grandes Economistas**, Zahar Editores, Rio) no *New York Review of Books* (23 de abril de 1970).” Os cálculos apresentados no relatório têm escala global, pon-do a claro a dramática situação a que terá que fazer face a humanidade em futuro próximo, acrescendo a importância do encontro de um regime jurídico capaz de pro-

pesca desordenada venha dilapidar os recursos vivos de determinadas regiões, tendo em vista objetivos imediatistas, com prejuízo para tais zonas, a curto prazo, mas com manifesto inconveniente para a humanidade em geral em perspectiva temporal já próxima. É, portanto, indispensável que o direito tutele de modo racional a exploração da fauna marinha.

Quanto às riquezas minerais suscetíveis de serem extraídas do fundo do mar, o **princípio da liberdade** também não pode ser entendido como potencialmente exercitável apenas pelos Estados tecnicamente mais avançados ou economicamente mais desenvolvidos, pois isto importaria em denegá-lo em benefício puro e simples dos mais poderosos. Neste contexto, a convenção de Genebra de 1958 ⁽⁹²⁾, referente à plataforma continental que define os direitos dos Estados costeiros sobre tal zona, mostra-se insuficiente e superada pela força dos fatos. Não mais se trata da plataforma continental, mas do fundo do mar além dos limites sobre que se estende a jurisdição dos Estados ribeirinhos ⁽⁹³⁾

toger os recursos vivos existentes no mar, eis que existem remédios aplicáveis a tal situação, "mas de custo proibitivo. O mais famoso é a chamada Revolução Verde, o desenvolvimento de um certo tipo de semente capaz de aumentar a presente produção por acre de terra em 300%. ... Acontece, porém, que essas sementes requerem maciços investimentos em fertilizantes e irrigação. Se a Índia sozinha usasse fertilizantes ao nível per capita da Holanda, por exemplo, consumiria metade dos fertilizantes em existência no mundo. ... A irrigação, a outra componente da "revolução", apresenta dificuldades ainda maiores. E. A. Mason, do Laboratório de Oak Ridge, preparou uma estimativa de custo. Seriam criados "complexos agropecuários", movidos a energia nuclear. Vinte e três fábricas teriam de tornar-se operacionais anualmente, cada qual servindo três milhões de pessoas, dentro dos índices de crescimento populacional. A construção dessas fábricas tomaria cinco anos. Para cobrir a demanda presente, o mundo começaria a montar 125 unidades. Se não surgissem problemas insuspeitados e a tecnologia no papel, passasse à prática, isso custaria 135 bilhões de dólares." Francis, Paulo. *Certezas da dúvida*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1970. p. 173.

(92) Convention de Genève du 29 avril 1958 sur le plateau continental. In Quéneudec, Jean-Pierre. *Droit maritime international (recueil de textes)*. Paris, A. Pedone, 1971. p. 25-9.

(93) "C'est donc tout le problème du fond des mers qui a été ainsi posé comme celui d'une assise sur laquelle les états sont susceptibles d'acquérir des droits souverains." Dupuis, op. cit. acima nota 89, p. 91-2.

Como consequência de tal estado de coisas, vemos emergir, como terceiro traço tipificador do regime jurídico do mar, nos nossos dias, a noção de soberania, a que o direito não reservava grande espaço, porque o fator técnico ainda não propiciara a apropriação das riquezas marítimas. Até há pouco tempo julgava-se suficiente uma estreita faixa de **mar territorial**, fixada em três milhas marítimas, tendo em vista assegurar o monopólio da pesca aos Estados costeiros sobre essa zona, também destinada à proteção dos respectivos territórios. Tudo o mais constituía o alto mar, regido pela lei do pavilhão desfraldado por cada navio. Mas, desde o momento em que o mar passou a ser objeto de **utilização fixa**, a noção de soberania recuperou uma importância considerável, desencadeando a conhecida problemática de alargamento do mar territorial — a questão das duzentas milhas, que veio a tornar obsoleta a distinção entre **mar territorial** e **alto mar**.

Há, portanto, uma renovação no regime jurídico do mar, determinada pela mudança das relações sociais e orientada por dois grandes imperativos — a paz e o desenvolvimento harmônico de todos os povos. Assume, por esta forma, o direito sua **função transformadora**, visando a atender a novas necessidades humanas.

B I B L I O G R A F I A

ARISTOTE, *Politique*. Paris, "Les Belles Lettres", 1960.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Recherches sur la justification de l'application du droit étranger chez les Anglo-américains et leurs antécédents Hollandais*. Louvain, Centre de Droit International, 1971.

BATIFFOL, Henri. *Droit International privé*. 4. éd. Paris, Lib. Générale de droit et jurisprudence, 1967. p.

BEALE, Joseph H. *A Treatise on the Conflict of Laws*. New York, Baker, Voorhis, 1935. v. 1.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito; filosofia e metodologia jurídicas*. Jurisprudence; The Philosophy and Method of the Law. Rio de Janeiro, Forense, 1966.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. The Nature of the Judicial Process and the Growth of the Law. Trad. de Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo, ed. Nacional de Direito, 1956.

- CAVERS, David F. A Critique of the Choice-of-Law Problem. *Harvard Law Review*, 47, 1933.
- COING, H. Savigny et Collingwood ou: histoire et interprétation du droit. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1959.
- CURRIE, Brainerd. "On the Displacement of the Law of the Forum". In: *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, N. C., Duke University press, 1963.
- Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws. In: *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, N. C., Duk University press, 1963.
- DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris, Dalloz, 1964.
- Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 15: 7, 1970.
- DAVIES, D. J. Llewelyn. The Influence of Huber's de Conflictu Legum on English Private International Law. *British Year Book of International Law*, 1937.
- DUPUIS, René-Jean. Évolution du droit de la mer. *Revista da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, São Leopoldo, 3 (6): 85-96, 1973.
- EHRENZWEIG, Albert. *A Treatise on the Conflict of Laws*. S. Paul Minn., West Publishing, 1962.
- FRANCIS, Paulo. *Certezas da dúvida*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1970.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da filosofia do direito* Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive. Rio de Janeiro, Zahar ed., 1965.
- GAUDEMET, Jean. Études juridiques et culture historique. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1959.
- GROTIUS. "Prolégomènes sur les trois livres du droit de la guerre et de la paix". In: — *Le droit de la guerre et de la paix*. Paris, Guillaumin, 1867.
- GUTZWILLER, Max. Le développement historique du droit international privé. *Recueil des Cours*, La Haye, 4, 1929.
- HOEBEL, E. Adamson. "A natureza da cultura". In: SHAPIRO, Harry L., ed. *Homem cultura e sociedade*. 2. ed. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1972. Original inglês.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston, Little, Brown, c 1963.
- LAINE, Armand. *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et...* Paris, F. Pichon, v. 1 1888, v. 2 1892.

- LEMMERTZ, José. *Psicanálise e psicoterapia*. Porto Alegre, 1966.
- LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958.
- MAINE, Henry Sumner. *L'ancien droit* Trad. sur la 4e. éd. anglaise. Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1874.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Uma teoria científica da cultura* A Scientific Theory of Culture and other Essays. 2. ed. Rio de Janeiro, Zahar ed., 1970.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do Direito*. Belo Horizonte, ed. Vega, 1972.
- NUSSBAUM, Arthur. *Principles of Private International Law*. New York, Oxford University press, 1943.
- PLATON, La république. In: *Oeuvres complètes*. Paris, Gallimard, c 1950.
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, ed. Borsoi, 1954, v. 1.
- QUENEUDEC, Jean-Pierre. *Droit maritime intertional* (recueil de textes). Paris, A. Pedone, 1971.
- REESE, Willis L. M. *Conflict of Laws and the Restatement Second*. Law and Contemporary Problems, 28, 1963.
- RESTATEMENT of the Law of Conflict of Law. St. Paul, Minn., American Law Institute, 1934.
- RESTATEMENT of the Law Second. Conflict of Laws. Proposed Official Draft. Philadelphia, Pa., American Law Institute, 1967.
- RIGAUX, François. *Droit international privé*. Bruxelles, Ferdinand Larquier, 1968.
- RIPERT, Georges. "Evolution et progrès du droit". In: BALLADORE PALLIERI, G. et alii. *La crisi del diritto*. Padova, Cedam, 1953.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro, Zahar ed., 1970.
- SACK, Alexander N. *Conflicts of Laws in the History of the English Law*. In: *Law a Century of Progress 1835-1935*, 1937, v. 3.
- SAVIGNY, F. de. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Trad. de Adolfo G. Posada. Buenos Aires, ed. Atalaya, 1946. Original alemão.
- VON JHERING, R. *L'esprit du droit romain...* Trad. de O. de Meulenaere. 3. ed. rev. cor. Paris, Lib. A. Marescq. 1886, v. 1.
- VON MEHREN, Arthur Taylor & TRAUTMAN, Donald Theodore. *The Law of Multistate Problems*. Boston, Little, Brown, 1965.

O 75.º ANIVERSÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO

GALENO VELLINHO DE LACERDA

Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Reza a ata da 1.^a Reunião preparatória para fundação da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre que, aos dez dias do mês de fevereiro de 1900, presentes na sala do Conselho Superior da Instrução Pública, na sede da antiga Escola Normal, os Desembargadores do Superior Tribunal do Estado Dr. JAMES DE OLIVEIRA FRANCO E SOUZA, Presidente do mesmo Tribunal, Dr. CARLOS THOMPSON FLORES, Procurador Geral do Estado, e Dr. EPAMINONDAS BRASILEIRO FERREIRA, além de seletos número de advogados e juristas, onde sobressaíam as figuras de PLÍNIO CASADO, MANOEL PACHECO PRATES, GERMANO HASSLOCHER, AURELIO BITTENCOURT, LEONARDO MACEDONIA e JAMES DARCY, — “o Sr. Desembargador FLORES tomou a palavra e agradeceu a todos os presentes o comparecimento àquela reunião de que tomara a iniciativa, comunicando-lhes que se tratava da fundação da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, cuja necessidade há muito se vinha afirmando num meio tão culto como o desta capital, congratulando-se com todos pelo acolhimento que tivera essa idéia”.

E, a 17 de fevereiro de 1900, no mesmo local, em reunião que assinala a efetiva fundação da nova Escola Superior, foram aprovados os Estatutos da Faculdade e constituída sua primeira Congregação, composta destes nomes veneráveis: Como lentes catedráticos — do 1.º ano: Filosofia do Direito — JAMES DARCY; Direito Romano — MANOEL PACHECO PRATES; Direito Público e Constitucional — PLÍNIO CASADO; do 2.º ano: Direito Civil (1.^a cadeira) — ANTONIO FAUSTO NEVES DE SOUZA; Direito Criminal (1.^a cadeira) — FRANCISCO

Discurso proferido no ato comemorativo do 75.º aniversário da fundação da Faculdade de Direito de Porto Alegre, em 17 de fevereiro de 1975.

DE PAULA AZEVEDO E SOUZA: Direito Internacional Público e Diplomacia — ANTONIO NUNES GOMES PEREIRA; Economia Política — POSSIDONIO MANCIO DA CUNHA JR.; do 3.º ano: Direito Civil (2.ª cadeira) — JOAQUIM ANTONIO RIBEIRO; Direito Criminal, especialmente Direito Militar e regímen penitenciário (2.ª cadeira) — GERMANO HASSLOCHER; Ciência das Finanças e Contabilidade do Estado — MANOEL DE CAMPOS CARTIER; Diretor Comercial (1.ª cadeira) — MANOEL ANDRÉ DA ROCHA; do 4.º ano: Direito Civil (3.ª cadeira) — PLINIO ALVIM; Direito Comercial, especialmente Direito Marítimo, falências e liquidações forçadas (2.ª cadeira) — TIMÓTEO PEREIRA DA ROSA; Teoria do Processo Civil, Comercial e Criminal — EPAMINONDAS BRASILEIRO FERREIRA; Medicina Pública — SEBASTIÃO LEÃO; do 5.º ano: Prática Forense — CARLOS THOMPSON FLORES; Ciência da Administração e Direito Administrativo — MARÇAL PEREIRA DE ESCOBAR; História do Direito, especialmente do Direito Nacional — ARTUR PINTO DA ROCHA; Legislação Comparada sobre o Direito Privado — JOSÉ DE ALMEIDA MARTINS COSTA JR.

E como lentes substitutos: JOSÉ JOAQUIM DE ANDRADE NEVES NETTO, ALCIDES CRUZ, LEONARDO MACEDONIA FRANCO E SOUZA, RICARDO PEREIRA MACHADO, ANTONIO SIMÕES PIRES, ANTONIO CARLOS PEREIRA DA CUNHA, NORMELIO ROSA e ANTONIO MARINHO LOUREIRO CHAVES.

Nascia, deste modo, há setenta e cinco anos, no alvor do século, a Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, a quinta instituição de ensino jurídico a surgir no País.

Antecederam-na, apenas, as Faculdades de São Paulo e Olinda, depois Recife, fundadas por Lei de 11 de agosto de 1827, referendada por JOSÉ FELICIANO FERNANDES PINHEIRO, Visconde de São Leopoldo, antepassado de nosso insigne mestre ARMANDO CÂMARA, e as de Bahia e Belo Horizonte, inauguradas em 1891 e 1892.

Dois fatores contribuíram decisivamente para a criação desta Faculdade.

Primeiro, a influência da magistratura rio-grandense, composta, na maior parte, de juizes oriundos do Nordeste, formados na notável Escola do Recife. Até então, os jovens gaúchos faziam seus cursos jurídicos em São Paulo e Recife. Apenas os de famílias mais ricas poderiam dar-se a esse luxo. “De volta — narra JOÃO NEVES DA FONTOURA, o grande tribuno, nosso aluno laureado, em suas preciosas “Memórias” (I/90) — não se inclinavam pelos cargos públicos, mal remunerados, mas pela advocacia e a política. Por essa razão é que os bacharéis de outros Estados iam procurando eolocar-se no Rio Grande”

Provinham nossos juizes da veneranda Faculdade do Recife e, em menor parte, da augusta Faculdade de São Paulo. Ao fundarem esta Escola de Porto Alegre, ao regerem grande número de suas disciplinas e ao lhe dirigirem os destinos nos primeiros quarenta anos de existência — e evoco, em especial, as figuras admiráveis de ANDRÉ DA ROCHA e LEONARDO MACEDONIA, este advogado, — infundiram em nosso meio, como afirmação pujante de unidade cultural no Brasil, as tradições fecundas de Olinda-Recife e São Paulo, hauridas no berço comum de Coimbra e impregnadas de austero e profundo amor ao Direito.

Pouco haveriam de conseguir, porém, se não contassem com o apoio e a clarividência dos dirigentes políticos do Estado, como segundo fator a que se deve o surgimento desta Escola.

JULIO DE CASTILHOS e BORGES DE MEDEIROS deram-lhe a indispensável colaboração oficial. Ficis à doutrina positivista, quiseram, porém, que a Faculdade nascesse entidade livre, liberta das peias oficiais, assim como sucedera com outras Escolas Superiores, criadas anteriormente em Porto Alegre, sob seus auspícios.

Neste sentido, inestimável foi o concurso do Governo do Estado para a sobrevivência da instituição, desde o empréstimo, durante dez anos, do antigo prédio na esquina das ruas da Igreja e Bragança, até a outorga de auxílios substanciais para construção do atual edifício da Faculdade, cuja inauguração ocorreu em 1910, em terreno doado pelo Município.

Comovedor, contudo, mostrou-se o idealismo e a abnegação dos professores na constituição do patrimônio da Escola. Nos seis primeiros anos serviram eles gratuitamente e, em Congregação de 15 de junho de 1907, deliberaram descontar 25% de seus honorários para o fundo destinado ao pagamento de juros e amortizações do empréstimo contratado para construção da nova sede. E os anais registram também, com orgulho, o crescimento paulatino da biblioteca, enriquecida de contínuas e generosas doações.

Neste ambiente de dedicação e austeridade, floresceu a Faculdade Livre no cumprimento da sagrada missão de ministrar formação jurídica e cívica à mocidade do Rio Grande.

Vultos os mais destacados da política, da advocacia, da magistratura, da administração pública e do magistério passaram por nossos bancos acadêmicos, legando ao Estado e ao País padrões de virtudes cívicas e privadas, naquela vocação para a Pátria e para o humano, que constitui a marca permanente do gaúcho, sinalada pela brasa viva das lições e dos exemplos recebidos nesta Escola.

Hoje, decorridos 75 anos, verificamos com ufania que, apesar dos atentados sofridos, a velha Faculdade permanece ativa e nobre.

O mesmo espírito dos fundadores, conservado com carinho e brio por mestres que nos antecederam, alguns já desaparecidos como ELPÍDIO PAES, DARCY AZAMBUJA, EDGAR SCHNEIDER e JOSÉ SALGADO MARTINS, outros afastados do convívio acadêmico como RUY CIRNE LIMA, o jurista sábio e universal, ARMANDO CAMARA, o filósofo sem par, FRANCISCO SIMCH JÚNIOR e ELOY JOSÉ DA ROCHA, para só mencionar alguns dentre tantos professores eminentes que honraram esta Casa, — o mesmo espírito de devotamento ao direito e à mocidade continua a iluminar estas paredes augustas, que permanecem soberanas ao tempo, erguidas sobre alicerces de amor.

Ao longo do século, contemplaram elas duas guerras mundiais que encheram de horror e morte a humanidade; presenciaram inúmeras revoluções, cruentas e incruentas, que sacudiram o Brasil; julga-

ram regimes e ideologias que ascendem ao poder e nele sucumbem, desde o totalitarismo de esquerda ou direita, até ao liberalismo relativista.

A tudo, permanece sobranceira a Faculdade, a ensinar aos moços os princípios imperecíveis do direito, na luta constante do justo contra o injusto, do bem contra o mal.

Vale ao propósito, como demonstração eloqüente deste espírito, a transcrição de um trecho da formosa oração de SALGADO MARTINS, aqui proferida há 25 anos atrás, quando das comemorações do cinquentenário desta Escola:

“No mundo convulsionado em que vivemos, os princípios são mais necessários do que as armas. Uma concepção exata do mundo que estruture um sistema jurídico capaz de garantir a plena realização da pessoa, é mais útil do que um exército. O exército e as armas, sem a disciplina de um sistema de idéias que subordine os instintos e a inteligência aos grandes princípios morais, são apenas fatores de valor na medida em que servem ao destino da criatura humana feita à imagem e semelhança de Deus”.

Afirmção de princípios não significa, porém, imobilismo. Antes, postula, como complemento indispensável, sua necessária e constante aplicação ao evoluir contínuo do progresso, o qual, como realidade fática, deve ser permanentemente ordenado e valorado por juízos de justiça e de moral.

Ainda como homenagem aos grandes mestres que nos antecederam, e como demonstração da identidade desta Escola consigo mesma, na perenidade da missão educadora de suas lições, recordamos, neste jubileu de afirmação, uma página admirável de filosofia da história e de sabedoria política, legada pelo espírito primoroso de DARCY AZAMBUJA, na mesma cerimônia do cinquentenário:

“É bem de ver — dizia ele — que se enganam por igual os fanáticos da revolução e os filhos da rotina. Nem a história é repetição e uniformidade, nem o progresso se faz pela subversão”.

"Nem tudo é bom por ter durado muito, nem toda a inovação é progresso. A vida é movimento, tentativas, vitórias e derrotas, mas a sua ascensão é indefinição. Jamais voltará a ser o que foi, pois é continuamente criação. Mas, criando, não destrói, renova. Nos seus melhores frutos, há seiva de troncos antigos e o perfume das flores que caíram".

E, depois de mostrar o caráter neutro da ciência, cujas conquistas servem tanto ao bem quanto ao mal, ao sabor do intuito dos homens que a manejam; depois de evidenciar que "a história das tiranias é a crônica da ambição de alguns e a prova de ignorância de quase todos", DARCY AZAMBUJA prossegue neste quadro objetivo e fiel do relativismo político da democracia:

"Deixando de parte nuances e aspectos técnicos, que não lhe atingem a essência, democracia é o regime em que o povo elege periodicamente os governantes de acordo com a opinião pública".

"Ela é, simplesmente, uma forma de governo, ou melhor, uma forma de escolher os governantes e um método de exercer o poder. A forma de escolha é a eleição, o método é a conformidade com a opinião pública. Em faltando um desses elementos, não existe democracia: onde os dois concorrem, ela se constitui".

"Conseqüentemente, a democracia por si mesma, como forma de governo, não tem nenhuma dependência necessária com a organização social, com a organização econômica, com as idéias morais, filosóficas ou religiosas da sociedade. Por isso também, a democracia por si mesma não faz a felicidade ou a infelicidade dos povos. Ela é um método de governo por meio do qual os povos bons se encaminham para o bem e os povos maus se encaminham para o mal. Se existisse um povo de santos, seus governantes fossem eleitos e governassem de acordo com a opinião pública, teríamos uma democracia onde reinaria a justiça, a bondade e a caridade. Se existisse um povo de fascínoras, seus governantes fossem eleitos e governassem de acordo com a opinião pública, teríamos um regime democrático onde imperaria o crime, a crueldade e o ódio. Nem aquela seria uma democracia boa, nem esta uma de-

mocracia má, senão na medida em que os governantes eleitos governassem ou não de acordo com a vontade dos governados. Os resultados bons ou maus da democracia dependem, pois, da qualidade da opinião pública em que ela se apóia. Ela é um espelho onde se reflete fielmente a fisionomia moral da sociedade, é água cristalina ou turva que recobre e se amolda ao relevo do solo onde corre e dele carrega, pela ação mecânica e química, o ouro ou a lama".

"A democracia somente promoverá a prosperidade geral, a ordem e a justiça, se a consciência da sociedade estiver impregnada das idéias de justiça, de ordem e dever que tem cada um de trabalhar para o bem geral. Onde não existe opinião pública, não pode existir democracia; onde a opinião pública for corrupta, intolerante e mal orientada, corruptos, intolerantes e desorientados serão os governos democráticos. A democracia é um instrumento aperfeiçoado, capaz de produzir as obras mais ilustres e beneméritas, se o povo que o maneja tiver inteligência, aptidão e caráter; e é um aparelho inútil, senão prejudicial, nas mãos de povos ineultos, ociosos ou deêrépitos, sem a consciência de seus deveres e o orgulho do seu destino".

"Assim, a ciência e a democracia são necessárias, porém não são suficientes, para construir a civilização de amanhã, grande, bela e generosa como a queremos. Teremos de achar dentro de nós mesmos os valores humanos e racionais que determinarão o uso adequado e nobre das verdades científicas e do aparelho democrático. Não nós livraremos dos males e do sofrimento do passado só em cultivar a ciência e praticar a democracia; e sobretudo não fugiremos à responsabilidade moral que deles temos".

Em outras palavras, de nada vale a democracia, se o povo não for plasmado por uma educação que lhe infunda os valores permanentes do espírito. Ela, a educação, é que há de incutir nos jovens o amor à virtude e o horror ao vício, à maldade e à injustiça. Onde carecerem os lares e as escolas dessa orientação fundamental, frágeis serão nossas construções políticas.

Não estaríamos à altura dos antigos mestres e das tradições desta Faculdade se não manifestássemos, neste instante, nossa grave

preocupação pelos rumos que vem tomando, nos últimos anos, a formação da juventude brasileira.

Dizia, há pouco, com muita propriedade, conhecido homem público que o erro fundamental do socialismo consiste na utopia de supor os homens iguais, quando, na verdade, se distinguem eles por dois fatores pessoais de indiscutível evidência: pelo talento e pela energia.

Se a energia constitui mérito próprio do indivíduo, na fecunda atuação de sua força de vontade, o talento representa dom de Deus, a revelar, sem dúvida, a sábia intenção do Criador de distribuir as vocações de acordo com as necessidades do ser social do homem ao longo da história.

Ora, se as vocações se apresentam necessariamente várias; se elas correspondem a pendores, a gostos e a temperamentos que devem ser respeitados, no interesse da pessoa e do próprio progresso da humanidade, na perfeita sintonia e orquestração da obra da natureza, — então não se compreende nem admite que a mocidade brasileira seja massificada, ao pior estilo socialista, por uma formação secundária aplastantemente uniforme e materializante.

Se o ensino universitário responde à necessária diversificação das vocações, indispensável, contudo, se torna a adequada preparação do jovem, em nível secundário, através do estudo de disciplinas condizentes com a carreira que deseja seguir.

A Lei de 11 de agosto de 1827, que instituiu os cursos jurídicos no Brasil, cuidou, na época, com sabedoria, do problema, ao prescrever, no art. 8.º, que os estudantes, que se quisessem matricular em tais cursos, deveriam apresentar certidões de aprovação “na língua francesa, gramática latina, retórica, filosofia racional e moral, e geometria”, e, no art. 11, dispôs que o Governo criaria nas cidades de São Paulo e Olinda as cadeiras necessárias para esses estudos preparatórios.

Com aguda sensibilidade, dava-se ênfase à formação humanística e filosófica, indispensável a quem possui pendores para o estudo do direito.

Neste sentido, das várias reformas por que passou o ensino secundário na República, sem dúvida a mais feliz foi a surgida em meados da década de trinta, com a criação dos cursos pré-universitários, com a duração de dois anos, divididos em três opções: pré-médico, pré-técnico e pré-jurídico.

Enquanto os candidatos às Escolas médicas e técnicas recebiam a formação científica adequada, os jovens vocacionados para o direito estudavam as disciplinas preparatórias que verdadeiramente interessam à abertura humana do estudo jurídico, como psicologia, lógica, história da filosofia, história universal da literatura, filosofia da história, sociologia, latim, economia política e geografia humana, ou geo-política.

Então, sim, nossos alunos ingressavam nesta Escola com sólida e adequada preparação, através do estudo de disciplinas interessantíssimas, que lhes fortaleciam a vocação e lhes davam o entusiasmo necessário para o aprendizado do direito.

Infelizmente, esta salutar e humana propedêutica pouco durou, porque não convinha aos intuítos políticos do Estado Novo...

Apesar disto, mantinha esta Faculdade, ainda, o privilégio da autonomia, de que hoje não mais desfruta.

Por este motivo, até há bem pouco, podíamos programar e dirigir nossos vestibulares, com a exigência aos candidatos de conhecimentos humanísticos apropriados ao curso jurídico, exigência que os educandários de segundo grau naturalmente respeitavam e atendiam com o ministério da preparação correspondente.

E, assim, nossos alunos cruzavam estes umbrais dignificados pela conquista de um ideal ungido pela própria Faculdade. E aqui chegavam, nos últimos trinta anos anteriores à nossa cassada autonomia, pela mão vigilante e carinhosa deste padrão de professor que foi ELPÍDIO PAES, cujo amor e dedicação aos moços e à Escola dificilmente encontrará paralelo nos anais do ensino superior neste País.

Confiávamos, então, em nossos alunos e eles confiavam em nós. Passavam num vestibular difícil, na sua Faculdade, na escola tradicional, de alto nível jurídico, que tinham conquistado por mérito próprio, e nós os sabíamos preparados para o estudo do direito, assim como entendemos deva ser ele ministrado, de acordo com nossas consciências e nossas responsabilidades de professores em uma das mais justamente afeitas e importantes Faculdades jurídicas do País.

Tínhamos a certeza, ao menos, de que nossos calouros, além de conhecer ciências humanas, sabiam redigir em bom vernáculo e que, a este respeito, jamais nos envergonhariam...

Esta comunhão espiritual entre mestre e aluno, este concerto imponderável e afetivo de vocações que se encontram em alto nível de mútuo respeito, de mãos amigas que se apertam, uma em busca do ideal, outra pronta a livremente orientar o discípulo na escalada da vitória, — esta comunhão essencial para a obra fecunda da educação foi violentamente quebrada.

Hoje, quem nos indica e identifica os alunos é a frieza da máquina, através de um processo de seleção uniforme, massificante e absolutamente insatisfatório para o aprendizado das ciências humanas.

Esses alunos que assim se nos impõem talvez saibam resolver problemas cada vez mais herméticos de física, química e matemática, que lhes inculcam a contragosto, mas nada sabem de filosofia, psicologia, lógica, ética, economia, sociologia, ciência política, literatura, gramática e história. As provas a que se submetem, sob o pejorativo pseudônimo de "conhecimentos gerais" e "comunicação e expressão", são ridículas na sumária e empírica amostragem das questões. As ciências do espírito jazem relegadas a plano secundário, em favor das ciências da matéria.

Os poucos jovens que aqui entram com alguma versão de humanismo devem-no ao esforço autodidático, com todos os riscos da má formação e da sedução por ideologias extremistas.

Em outras palavras, há uma distorção gravíssima de vocações no ensino secundário e no processo de seleção.

Tão grave que, depois da introdução do atual sistema, chegamos a contar com turmas onde 40% dos alunos não indicara ao computador o estudo do direito como primeira opção.

Hoje habitam nossos bancos grande número de jovens frustrados e lesados na vocação, desinteressados e sem preparo para um curso que não situaram no primeiro plano do ideal.

E o pior é que a frustração atinge, por via reflexa, aos professores, pela ruptura da comunhão essencial entre mestre e discípulo. Como ensinar a tais jovens, absolutamente virgens de um mínimo de preparação adequada, a teoria geral e a filosofia do direito, a teoria do Estado, o direito público, os princípios fundamentais do direito penal, do direito civil, do direito processual e do direito internacional?

Consequência deste estado de coisas é a lamentável queda no aproveitamento do ensino, no nível médio das provas e até, para escândalo nosso, no conhecimento de noções elementares de linguagem e redação.

Não seríamos fiéis a nosso amor à Pátria e às tradições desta Faculdade, que nasceu altaneira e livre, se, ao ensejo deste jubileu, não denunciássemos o processo de desumanização e materialização da juventude brasileira, tanto mais sério e grave quanto é certo que metade de nossa população é constituída de moços de menos de vinte e cinco anos.

Urge corrigir o erro enquanto é tempo, antes que o futuro se faça sombrio e negro, pelo despreparo das elites e das lideranças ausentes.

Só assim poderemos erigir, sobre alicerces sólidos de formação espiritual e moral, a democracia autêntica, que todos desejamos, como abertura e valorização do homem, enquanto homem, longe dos sistemas políticos que o consideram simples número, frágil e indefeso joquete na maciça abstração socialista e totalitária.

Nosso Diretor, FERNANDO JORGE SCHNEIDER, oriundo de nobre estirpe forjada nesta Casa, pois seu ilustre pai, EDGAR LUIZ SCHNEIDER, também aqui formado, foi seu Diretor e Reitor de nossa Universidade, além de brilhante jornalista e homem público, resolveu comemorar o 75.º aniversário da Faculdade com a singela inauguração de duas placas de bronze, uma gravada com os nomes dos fundadores já mencionados, outra com a nominata dos Diretores desta Instituição e dos Reitores MANOEL ANDRÉ DA ROCHA, EDGAR LUIZ SCHNEIDER e ARMANDO PEREIRA DA CÂMARA, os quais, como nossos eminentes professores, mereceram a honra da escolha para a regência dos destinos daquela que hoje é a Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

O bronze destas placas simboliza a indestrutível solidez de nossa fidelidade aos ideais que inspiraram nossos maiores na fundação e manutenção desta Escola, e a perenidade de nossa vocação para o magistério jurídico e de nosso amor à juventude.

Neste mundo conturbado, onde o ódio e a violência parecem imperar, onde a vertigem das transformações atinge a ritmos incontroláveis, onde a febre, a fome e a desesperança assolam, estes bronzes se erguem como testemunho de fé inquebrantável no primado do direito e nas excelências da educação sabiamente orientada. Alteiam-se, ainda, como penhor de confiança indefessa no patriotismo do homem brasileiro e nas excepcionais virtudes de seu coração e de sua alma, para encontrar, por si mesmo, na inspiração dos valores espirituais e dos exemplos que ornamentam nossa história, a solução brasileira para os problemas do Brasil, na livre correção e adaptação de rumos às exigências da realidade humana e social, para edificação e progresso de uma Pátria fundada na paz, na justiça e na liberdade consciente e responsável.

PARECERES

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO CAPITAL DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

WALMOR FRANKE
Advogado em Porto Alegre

- Exegese do art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764, de 1971, que instituiu o novo regime jurídico das sociedades cooperativas.
- Conceito cooperativista de distribuição de vantagem proibida.
- Atualização monetária do capital das cooperativas no regime do Decreto n.º 22.239, de 1932, e do Decreto-lei n.º 59, de 1966.
- Correção monetária das partes do capital das cooperativas no direito italiano, tunisiano e francês.
- Vigência plena do art. 3.º da Lei n.º 4.357/64 e da alínea "a" do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64.

PARECER

I

O art. 31, § 1.º, alínea "a" da Lei n.º 4.506/64 defronte do Decreto n.º 22.239, de 1932. Compatibilidade dos seus dispositivos.

1. A Lei n.º 4.506, de 30 de novembro de 1964, estatui, no seu art. 31, sobre a isenção do imposto de renda outorgada às sociedades cooperativas. Depois de enumerar as favorecidas pela isenção (por ex., as de produção ou trabalho agrícolas, as de beneficiamento e venda em comum etc. etc.), estabelece, no § 1.º do mesmo art. 31, que

"Cessará de pleno direito a isenção da cooperativa que distribuir **dividendos** aos seus associados, não se considerando dividendos:

a) o juro fixo até a taxa de 12% (doze por cento) ao ano, atribuído, de acordo com a legislação cooperativista vigente, ao ca-

pital social realizado, que poderá ser atualizado monetariamente nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 4.357, de 16 de julho de 1964”.

Examinando, objetivamente, o texto do § 1.º do art. 31, é fácil verificar que se trata de uma norma complexa, que encerra três preceituações distintas, a serem individualizadas pela forma seguinte:

1.º) No **caput**, o art. 31 concede isenção do imposto de renda a 12 categorias de cooperativas, taxativamente mencionadas e excluídas, pois, quaisquer outras do benefício fiscal;

2.º) No § 1.º, o art. 31 estatui que cessará, de pleno direito, a isenção da cooperativa que distribuir **dividendo** aos associados, não se considerando como tal o juro fixo de até 12% ao ano atribuído ao capital realizado, nem o retorno devolvido aos sócios;

3.º) Na alínea “a”, **in fine**, do § 1.º, o art. 31 estabelece que o capital social da cooperativa **poderá ser corrigido monetariamente** nos termos do art. 3.º da Lei n.º 4.357, de 16-7-64 ¹.

1 — Para maior clareza, é interessante proceder à classificação científica dessas preceituações.

Sem embargo da confusão terminológica reinante na matéria (Cf. ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. I, 1939, pág. 241, nota “b”), diremos que são normas **imperativas** as que ordenam um comportamento positivo ou negativo, uma ação ou uma abstenção.

As que ordenam uma ação são **imperativas positivas**; as que ordenam uma abstenção são **imperativas negativas** (proibitivas).

Além dessas, temos as normas imperativas, de caráter **excetivo**, que são as que prescrevem exceções a uma regra geral. A norma **excetiva** que, no caso dado, torna facultativo um comportamento obrigatório previsto em lei, é imperativa no sentido de ordenar a observância da exceção.

Ao lado dessas normas, existem aquelas que DEL VECCHIO denomina secundárias. São elas as normas **declarativas**, que definem palavras, e as **explicativas**, que precisam conceitos.

Isto posto:

Esta última preceituação encerra uma **faculdade**, que a cooperativa poderá usar, ou não, ao contrário do que ocorre com as pessoas jurídicas, em geral, para as quais a correção monetária do ativo imobilizado é **obrigatória** (Lei n.º 4.357/64, art. 3.º).

2. — Releva notar que o art. 31 da Lei n.º 4.506/64 corresponde ao art. 23 do Reg. do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n.º 58.400/66, ora revogado pelo Decreto n.º 76.186/75.

3. — Quando foi promulgada a Lei n.º 4.506/64, a legislação cooperativista vigente, a que se refere a mesma lei no seu art. 31, § 1.º, alínea “a”, achava-se consubstanciada no Decreto n.º 22.239, de 19-12-1932, revigorado pelo Decreto-lei n.º 8.401, de 19 de dezembro de 1945.

O Decreto n.º 22.239/32 continha, então, no seu art. 7.º, alínea “e”, a seguinte disposição:

A norma do **caput** do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, que isenta do imposto de renda as cooperativas designadas, é **imperativa negativa**, pois, na verdade, ordena que o Fisco se abstenha da cobrança do imposto.

A norma do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, que estabelece que a isenção cessará se a cooperativa distribuir dividendo aos associados, é **imperativa positiva** pois, na realidade, ordena ao Fisco a cobrança do imposto no caso de verificar-se a distribuição de dividendo.

A norma da alínea “a” do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506, que excetuou a cooperativa da obrigatoriedade da correção monetária do ativo imobilizado prevista no art. 3.º da Lei n.º 4.357/64, tornando-a facultativa, também é **imperativa negativa** no sentido de ordenar que o Fisco e quaisquer interessados se abstenham de exigir da pessoa jurídica — cooperativa — a correção monetária do capital. A alínea “a” diz que o capital “poderá” ser atualizado monetariamente, o que indica uma faculdade, e não um dever.

A norma que esclarece não ser dividendo o juro de até 12% ao ano atribuído ao capital, nem a sobra retornada ao sócio, é norma **explicativa**, pois exclui do conceito de dividendo, tanto o juro como o retorno. Não se trata de norma **declarativa**, pois ela não define a palavra **dividendo**, deixando essa tarefa para o aplicador da lei. Na espécie, a palavra **dividendo** tem o sentido corrente de porcentagem sobre os lucros (sobras) do exercício, calculada com base nas partes integralizadas. É a **porcentagem proibida**, já assim considerada no art. 7.º, alínea “e”, do Decreto n.º 22.239/32.

“Art. 7.º — É proibido às sociedades cooperativas:

.....
e) estabelecer vantagens ou privilégios em favor de iniciadores, incorporadores, fundadores e diretores, ou **preferência** alguma sobre parte do capital ou **porcentagem** sobre os lucros.

No tocante à distribuição de “lucros” ou “sobras”, o Decreto n.º 22.239/32 somente a admitia na forma prevista no art. 2.º, alínea “f”, ou seja, *in verbis*:

“Distribuição de lucros ou sobras proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo associado com a sociedade, podendo ser atribuído ao capital social um juro fixo não maior de doze por cento ao ano, previamente estabelecido nos estatutos”.

Quando, pois, a Lei n.º 4.506/64, promulgada na vigência do Decreto n.º 22.239/32, ressaltou às cooperativas isentas do imposto de renda a faculdade não só de distribuírem aos associados um juro fixo não maior de 12% ao ano sobre o capital realizado, senão também a de **procederem à atualização monetária do capital nos termos do art. 3.º da Lei n.º 4.357, de 16-7-64**, entendeu, evidentemente, que essa última faculdade era perfeitamente compatível com o art. 7.º, alínea “c”, do Decreto n.º 22.239/32, que, então, proibia às cooperativas “estabelecerem vantagens ou privilégios em favor de iniciadores e fundadores ou **preferência** alguma sobre parte do capital ou **porcentagem** sobre os lucros”.

Segundo a Lei n.º 4.506/64 — *lex specialis* de caráter fiscal, promulgada em manifesta harmonia com o sistema geral da legislação cooperativista a esse tempo em vigor —, é bem de ver que a atualização monetária do capital das cooperativas e a posterior distribuição do seu resultado, consoante critérios também cooperativistas, aos respectivos associados, inclusive a fundadores e iniciadores, não implicava, pois, de acordo com a “*mens legis*”, a atribuição de vantagens ou privilégios proibidos pelo art. 7.º, alínea “e”, do Decreto n.º 22.239/32, nem tampouco a distribuição indevida de porcentagens de lucros obtidos por meio dessa atualização.

Em suma: o legislador brasileiro, ao editar a Lei n.º 4.506/64, entendeu, iniludivelmente, que o seu art. 31, § 1.º, alínea “a”, não conflitava com o art. 7.º, alínea “c” do Decreto n.º 22.239/32, mas que, bem ao revés, a atualização monetária do capital das cooperativas não importava na outorga de vantagens ou privilégios vedados, nem na concessão de preferências ou porcentagens proibidas, aos associados de tais entidades.

II

Compatibilidade entre o art. 31, § 1.º, “a”, da Lei n.º 4.506/64 e os itens 2.º e 11 do art. 26 do Decreto n.º 60.597, de 19-4-67, que regulamentou o Decreto-lei n.º 59/66

4. — Vigente a Lei n.º 4.506/64, foi o Decreto n.º 22.239, de 1932, que até então regulava as sociedades cooperativas, revogado pelo Decreto-lei n.º 59, de 21-11-66.

Note-se que o Decreto-lei n.º 59/66 não contém nas suas disposições, distribuídas por 26 artigos, nenhuma só que, de qualquer modo, esteja em conflito com a alínea “a”, parte final, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64 ou que, embora de longe, implique, explicita ou implicitamente, a sua revogação.

Pelo contrário. Em face do Decreto-lei n.º 59, de 1966, a parte *in fine* da alínea “a” do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, que tornou facultativa a atualização monetária do capital das cooperativas, manteve-se de pé, inalterada nos seus efeitos.

5. — Posteriormente, o Poder Executivo regulamentou o Decreto-lei n.º 59, de 1966, mediante o Decreto n.º 60.597, de 19-4-67.

Dispondo sobre as proibições e obrigações impostas às cooperativas, estabeleceu o Decreto executivo n.º 60.597, de 1967, no seu art. 26, itens 2.º e 11:

“Art. 26 — É proibido às sociedades cooperativas:

.....

2.º) estabelecer vantagens ou privilégios em favor de quaisquer associados ou terceiros;

11) distribuir qualquer espécie de benefícios às quotas-partes do capital social, excetuados juros módicos sobre as integralizadas”.

De acordo com esse artigo (itens 2.º e 11) do Regulamento do Decreto-lei n.º 59/66, ficou, portanto, proibido às cooperativas “distribuírem qualquer espécie de benefícios às quotas-partes do capital social ou estabelecerem vantagens ou privilégios em favor de quaisquer associados ou terceiros, excetuados juros módicos sobre as integralizadas”.

Note-se que os dois itens (2.º e 11) do art. 26 do Decreto n.º 60.597/67 foram, posteriormente, reunidos num só preceito, figurando, com pequena diferença de redação, como disposição única, no art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que atualmente rege as sociedades cooperativas no País.

6. — Tratando-se, no caso dos itens 2.º e 11 do art. 26 do Decreto executivo n.º 60.597, de 1967, de preceitos regulamentares, estabelecidos pelo Poder Executivo “com base no art. 83, item II, da Constituição Federal e tendo em vista o art. 6.º do Decreto-lei n.º 59, de 21 de novembro de 1966”, é de toda a evidência que não podiam eles ter tido a intenção de revogar o art. 31, § 1.º, alínea “a”, da Lei fiscal n.º 4.506/64, que, esta sim, é um diploma editado pelo Poder Legislativo, vale dizer, é lei em sentido formal e material. Não podiam ter tido essa intenção pois, como é sabido, disposições de caráter regulamentar não podem derogar preceitos de natureza legal (Cf. CARLOS MAXIMILIANO, Comentários à Constituição Brasileira, art. 48, n.º 1, ed. 1918, págs. 493 e 494).

A regra que, incontestavelmente, prevalece, na matéria, é a de que o Regulamento “deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada e a legislação em geral” (OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, pág. 319). “Ningun reglamento puede establecer prescripciones contrarias

a un principio constitucional... ni tampoco a una disposición legal o principio general establecido en las leyes” (R. BIELSA, Derecho Administrativo, 3.ª ed., tomo I, pág. 285).

Vale dizer, o Poder Executivo, no exercício do seu poder regulamentar, não pode contrariar a lei, objeto da regulamentação, nem qualquer outra lei, criadora de direito subjetivo, pertinente ao mesmo sistema legislativo.

7. — Tendo em conta essa posição doutrinária e jurisprudencial, é intuitivo que, ao determinar o Decreto n.º 60.597, de 1967, nos seus itens 2.º e 11, do art. 26, estarem as cooperativas proibidas de “distribuir qualquer espécie de benefícios às quotas-partes do capital social ou estabelecer vantagens ou privilégios em favor de quaisquer associados ou terceiros, excetuados juros módicos sobre as integralizadas”, não pretendeu o Poder regulamentar revogar o preceito do art. 31, § 1.º, alínea “a”, in fine, da Lei n.º 4.506, de 1964, que tornou facultativa “a atualização monetária do capital das cooperativas, nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 4.357, de 16-7-1964”.

Seria essa uma pretensão derogatória ilegal, que não é lícito presumir nos atos do Poder Executivo, o qual tem a seu favor a presunção de agir em conformidade não só com a lei regulamentada, senão também com outras leis, integrantes da legislação em geral.

8. — Não há negar que, ao regulamentar uma lei pertinente, com outras, a um mesmo sistema legislativo, o Poder Executivo “exerce uma certa atribuição de interpretá-las” (ARISTIDES A. MILTON, A Constituição do Brasil, 2.ª ed., pág. 229).

Tendo em vista essa sua atribuição de interpretar as leis, é de admitir que, no entendimento do Poder Executivo, a proibição por ele estabelecida no art. 26, itens 2.º e 11, do Decreto regulamentar n.º 60.597/67 e a faculdade de proceder à atualização monetária, permitida no art. 31, § 1.º, alínea “a”, da Lei fiscal n.º 4.506/64, são normas que convivem, harmonicamente, dentro de um mesmo sistema legislativo, umas atuando no direito privado e outras no direito tributário.

Feitas essas considerações, torna-se fácil verificar a extensão conceitual do art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764, de 1971, que reproduziu a proibição constante do art. 26, itens 2.º e 11, do Decreto n.º 60.597/67, para demonstrar que, ainda hoje, em face da mesma Lei, a alínea "a", *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei fiscal n.º 4.506/64, encontra-se em pleno vigor.

III

Compatibilidade da alínea "a", *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, com o art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764, de 16-12-71

9. — O Decreto-lei n.º 59/66 e seu Regulamento foram revogados pela Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que instituiu, entre nós, o novo regime jurídico das sociedades cooperativas.

Os itens 2.º e 11 do art. 26 do Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 60.597/67 foram reproduzidos no novo diploma em **uma única disposição**, qual seja a do art. 24, § 3.º, assim redigida:

"É vedado às cooperativas distribuírem qualquer espécie de benefício às quotas-partes do capital ou estabelecer outras vantagens ou privilégios, financeiros ou não, em favor de quaisquer associados ou terceiros, excetuando-se os juros até o máximo de 12% (doze por cento) ao ano que incidirão sobre a parte integralizada".

Em nenhum dos seus dispositivos, a Lei n.º 5.764/71 derogou a alínea "a", *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei fiscal n.º 4.506/64, confirmando-a aliás, expressamente, na parte em que essa alínea permite que às quotas-partes integralizadas seja atribuído um juro fixo não superior a 12% (doze por cento) ao ano (Cf. Lei n.º 5.764/71, art. 24, § 3.º, parte final).

Se, como vimos, no regime do Decreto-lei n.º 59/66, os itens 2.º e 11 do art. 26 do seu Regulamento não podiam ter tido a pretensão de derogar a alínea "a", *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64,

que tornou facultativa a atualização monetária do capital das cooperativas, por que motivo o art. 24, § 3.º, da nova Lei n.º 5.764/71 teria tido, agora, a intenção de proceder a essa derrogação?

A pergunta se justifica, porquanto, ao tratar da isenção do imposto de renda outorgada às sociedades cooperativas no seu art. 112, o novo Regulamento desse imposto, aprovado pelo Decreto n.º 76.186, de 2-9-75, omitiu-se em atribuir àquelas sociedades a faculdade de procederem à atualização monetária do seu capital, nos termos da alínea "a", *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506, de 1964.

10. — O novo Regulamento do Imposto de Renda (RIR) limitou-se a transcrever, no seu art. 112, § 1.º, o art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71, que veda às sociedades cooperativas "distribuírem qualquer espécie de benefício às quotas-partes etc. etc.", determinando, no § 2.º, que "a inobservância do disposto no parágrafo anterior importará na tributação dos resultados, às alíquotas normais".

O fato de ter silenciado sobre a faculdade de proceder à atualização monetária, a que se refere a alínea "a", *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, traduziria, porventura, novo entendimento do Poder regulamentar quanto à vigência dessa disposição?

A resposta só pode ser negativa, pois é certo que o § 3.º do art. 24 da nova Lei n.º 5.764/71, tal como anteriormente os itens 2.º e 11 do art. 26 do Decreto n.º 60.597/67, não contraria, nem derroga a alínea "a", *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, a qual, tornando facultativa a correção monetária do capital das cooperativas, encontra-se em pleno vigor.

É o que se verá, mais detidamente, a seguir.

11. — Cumpre, sem dúvida, fixar a verdadeira compreensão do art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71 (correspondente ao art. 112, § 1.º, do RIR em vigor), quando estabelece:

"É vedado às cooperativas distribuírem qualquer espécie de benefícios às quotas-partes do capital ou estabelecer ou-

tras vantagens ou privilégios, financeiros ou não, em favor de quaisquer associados ou terceiros, excetuando-se os juros até o máximo de 12% (doze por cento) ao ano que incidirão sobre a parte integralizada”.

Entender que, por força dessa norma, as cooperativas estariam proibidas de distribuir qualquer espécie de benefício aos seus associados, salvo o juro de até 12% ao ano sobre as quotas-partes integralizadas, conduziria à conclusão, evidentemente absurda, de negar à própria cooperativa o caráter de instituição que visa obter, precisamente, para os seus associados, benefícios ou vantagens de várias espécies, tanto econômicos, como meta-econômicos (educacionais, hospitalares, recreativos, culturais etc.).

A vedação contida no art. 24, § 3.º da lei n.º 5.764/71, não pode, em absoluto, ser interpretada de tal sorte, a ponto de entender-se que o único benefício ou vantagem que a cooperativa pode distribuir a seus associados seria o juro máximo de 12% ao ano sobre as quotas-partes integralizadas.

Seria essa uma conclusão despropositada, construída, arbitrariamente, sobre algumas palavras, tais como “benefícios” ou “outras vantagens ou privilégios”, as quais, no caso, não podem ser conceituadas isoladamente, ao arrepio dos ensinamentos da hermenêutica jurídica e dos mais firmes princípios do direito cooperativo.

12. — O direito positivo não é uma massa fragmentária e desconexa de comandos, mas um todo orgânico, que apanha a vida e os fatos no conjunto de suas relações. Por isso, não é razoável interpretar um preceito de lei tendo em vista tão só as suas palavras, sem verificar a conexão que tal preceito mantém com outras disposições da legislação em que se insere.

Condenável, sobretudo, é ater-se o exegeta à expressão literal da lei. “O processo literal, no consenso unânime dos intérpretes, é o mais falho e o mais precário dos processos hermenêuticos” (ALÍPIO SILVEIRA, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, vol. II, pág. 428).

“O texto da lei — como diz FERRARA — não é mais do que um complexo de palavras escritas destinadas a uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual. A lei, porém, não se identifica com a letra da lei. A letra é apenas um meio de comunicação; as palavras são símbolos e portadoras do pensamento, mas podem ser defeituosas... Entender uma lei, portanto, não é somente apreender de modo mecânico o sentido aparente e imediato que resulta da conexão verbal; é indagar com profundidade o pensamento legislado, descer da superfície verbal ao conceito íntimo que o texto encerra e desenvolvê-lo em todas as direções possíveis” (FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e Aplicação das Leis*, trad. port. do Prof. MANUEL ANDRADE, vol. I, pág. 20).

Incontestável, por isso, a lição de SERPA LOPES, quando afirma, em consonância com o sentir unânime da doutrina, que “o sentido da palavra deve ser tomado em conexão com o da lei, não só com o do contexto no qual figura a palavra, mas, ainda, com o de outras disposições sobre a matéria”.

Além disso, “havendo palavras que apresentam vários sentidos literais, deve o intérprete, em primeiro lugar, verificar qual desses sentidos literais se poderá harmonizar com os resultados da interpretação lógica, teleológica, histórico-evolutiva e sistemática” (apud ALÍPIO SILVEIRA, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, vol. II, pág. 17).

13. — Sob a orientação desses princípios hermenêuticos, aplicáveis à espécie, pode dizer-se que o art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71, não restringe os benefícios e vantagens, a serem proporcionados pelas cooperativas aos sócios, unicamente ao juro máximo de 12% (doze por cento) ao ano sobre as quotas-partes integralizadas. Entender que, afora essa vantagem, todas e quaisquer outras incidiriam na vedação do § 3.º do art. 24 citado, seria mutilar, absurdamente, as mais autênticas finalidades da sociedade cooperativa, cuja missão não se esgota em propiciar aos sócios o benefício, aliás secundário, da atribuição de um juro de até 12% ao ano sobre o capital social, mas, ao contrário, se desdobra em fornecer-lhe uma soma considerável de benefícios e vantagens de toda espécie, inerentes ao funcionamento do próprio sistema cooperativista.

14. — A disposição do art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71, deve ser interpretada, de conformidade com os seus artigos 3.º, 4.º, itens V, VII e X, bem como, ainda, com o seu art. 28, item II, o art. 37, o qual estabelece o princípio fundamental da igualdade dos associados na esfera do grêmio cooperativo. Se esse princípio não constasse expressamente do art. 37 da Lei n.º 5.764/71, deveria considerar-se como estabelecido de modo implícito, pois, como mostra ENNECCERUS, “existe en el derecho de asociación un derecho a la igualdad de trato en el sentido de estar prohibida la diferenciación arbitraria” (ENNECCERUS - KIPP. WOLF, Tratado de Derecho Civil, trad. esp. tomo I, Parte General, vol. II, § 105, pág. 496).

IV

Interpretação lógico-sistemática do art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71. — Benefícios e vantagens compatíveis com essa disposição legal

15. — Em face dos dispositivos citados (Lei n.º 5.764/71, art. 3.º, 4.º, itens V, VII e X, 28, II, e 37), é de meridiana clareza que, além do juro máximo de 12% ao ano calculado sobre as quotas integralizadas, a cooperativa não só pode, como deve distribuir aos seus associados outros benefícios, outras vantagens, que se incluem, especificamente, na integralidade dos seus fins.

16. — Entre tais vantagens ou benefícios destaca-se, em primeiro plano, aquela que os escritores denominam a “vantagem cooperativa verdadeira e própria” (*vantaggio cooperativo vero e proprio*), que é a vantagem que se traduz na faculdade atribuída a cada associado de utilizar-se dos serviços da organização cooperativa para a obtenção de um proveito comum (Cf. PIERO VERRUCOLI, La Società Cooperativa, Milano 1958, pág. 314; Cf. Lei n.º 5.764/71, art. 3.º e 4.º).

Outra vantagem (ou benefício), expressamente estabelecida, é a que consiste no instituto do retorno, a que se refere a Lei n.º 5.764/71, no art. 4.º, item VII. E esta é uma vantagem de caráter fundamental, intimamente vinculada à própria razão de ser da sociedade cooperativa.

Vantagem também é, embora de índole não financeira, a que consiste na **democracia do voto**, assegurada ao associado, o qual, independentemente do número de suas quotas de capital, terá sempre, em condições de isonomia, um voto igualitário nas assembleias gerais (Lei n.º 5.764/71, art. 4.º, V).

V

Outras vantagens e benefícios conciliáveis com o art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71

17. — A Lei n.º 5.764/71, no seu art. 4.º, item X, estabelece, por igual, que a cooperativa proporcionará assistência a seus associados. Essa vantagem será viabilizada aos sócios através do “Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social”, de que trata o artigo 28, inciso II, da mesma Lei.

Em que consistem tais vantagens, que a cooperativa deve distribuir aos sócios?

“Toda boa cooperativa — acentua T. H. MAURER JÚNIOR — reserva parte de suas sobras anuais para um fundo especial de educação” (O Cooperativismo, pág. 313).

E quais são as vantagens ou benefícios que, por meio de tais fundos, as cooperativas podem prestar a seus associados? MAURER JÚNIOR assim os descreve:

“Escolas, cursos variados, bibliotecas, salas de leitura, museus, oficinas de trabalho e laboratórios de estudo e de pesquisa, conferências populares sobre ciência, arte, problemas sociais, éticos, higiênicos e outros, cinemas, coros, orquestras, bares e salões destinados a reuniões recreativas, parques de diversão, esportes variados, escotismo, bandeirantismo, colônias de férias e muitas outras atividades constituem magnífica e indispensável iniciativa do cooperativismo” (O Cooperativismo, pág. 128).

São essas, **vantagens** ou **benefícios**, de incontestável legitimidade, que as cooperativas podem distribuir aos seus associados, sem incorrerem na aparente proibição do art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71. Para isso, manda a Lei que se constitua, na cooperativa, o “Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social”, mediante cuja aplicação serão custeadas tais **vantagens** ou **benefícios**.

18. — A distribuição de benefícios, de caráter assistencial, à coletividade dos sócios, é ponto pacífico na doutrina cooperativista.

Padre NOGUER, citado por FABIO LUZ FILHO, opina que os fundos de reserva constituídos pelas cooperativas devem traduzir-se em **vantagens diversas proporcionadas aos sócios**, como, por exemplo, “a compra de terras que, permanecendo propriedade da cooperativa, se distribuam em lotes entre os mais necessitados”. Sugere, também, que parte desses fundos seja aplicada “na constituição de um hospital, em asilos de crianças e para velhice desamparada” (Cf. FABIO LUIZ FILHO, Teoria e Prática das Sociedades Cooperativas, 5.ª ed., pág. 177).

DURAND admite que a cooperativa aplique parte de seus fundos e reserva “em obras de utilidade comum”, como hospitais, melhoramentos de caminhos, criação de escolas, em benefício dos associados e suas famílias (Cf. FABIO LUZ FILHO, obra citada, pág. 177-178).

Preciosas são as informações prestadas por LUIZ MAY relativamente às realizações do movimento britânico cooperativo.

Segundo LUIZ MAY, “as cooperativas inglesas consagraram uma parte de suas verbas excedentes à formação dos sócios e dos seus familiares. Bibliotecas cooperativistas fundaram-se antes das bibliotecas municipais. Caixas de aposentadoria e pensões organizadas pelas associações cooperativas precederam às previstas no Plano Beverigo. E a previdência de saúde exercida pelos discípulos de Rochdale era precursora da moderna assistência pública” (“O Movimento Cooperativo Britânico”, in Boletim SUL-COOP da Secretaria da Agricultura, Indústria e Comércio do Estado do Rio Grande do Sul, janeiro de 1947, n.º 5, pág. 25).

Informa, ainda, LUIZ MAY que, na Inglaterra, “em colaboração com a Sociedade Cooperativa Atacadista, todas as associações sustentam caixas de pensões e hospitais para convalescentes, bem como garantem, no caso de doença, o salário completo até 18 semanas, e a metade da remuneração, durante mais 8 semanas, segundo idade e tempo de serviço”. São esses, na expressão de LUIZ MAY, “arranjos e instituições beneficiárias sempre consideradas meio ideal e nobre para servir aos sócios, suas famílias, e, dentro das possibilidades, aos semelhantes” (Boletim SUL-COOP cit., pág. 26).

19. — Essa orientação do sistema cooperativista, adotado no art. 4.º, item X, e no art. 28, item II, da Lei pátria n.º 5.764/71, encontra-se, aliás, universalmente consagrada onde quer que atuem as entidades cooperativas.

“A cooperativa inscrita — acentuam MEYER-MEULENBERG — pode proporcionar aos seus membros, reunidos para a realização de fins econômicos, **prestações acessórias de natureza ideal e material**” (Genossenschaftsgesetz, Munique, 11.ª ed., pág. 11).

O Código das Obrigações suíço, em disciplinando as sociedades cooperativas, consagrou expressamente essa orientação, estabelecendo, no seu art. 826, que os estatutos de tais sociedades **peuvent prévoir la constitution de fonds destinés soit à créer et à soutenir des oeuvres de bienfaisance au profit d'employés et d'ouvriers de l'entreprise, soit à favoriser des associés**”

Essas **vantagens** de natureza cooperativista, de que cogita o art. 826 do Código das Obrigações suíço, incluem, na lição do Prof. Dr. MAX GERWIG, “caixas de pensão, caixas de pecúlios por morte, promoção de férias e obtenção de moradias etc. etc.” (Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Berna 1957, pág. 228).

20. — Da interpretação lógico-sistemática do art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71, verifica-se, pois, que esse dispositivo não se opõe, de forma alguma, a que a sociedade cooperativa distribua aos sócios, além de um juro de até 12% ao ano sobre a quota, **outros benefícios e vantagens** que

se harmonizam com o ideário cooperativista e com a estrutura e a finalidade da cooperativa, uma vez que tais benefícios não representam proveitos ilícitos, mas vantagens equidestas e justas, intimamente vinculadas aos fins econômicos e morais da entidade.

VI

A interpretação literal e odiosa do art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71, deve ser repudiada

21. — O § 3.º do art. 24 da Lei n.º 5.764/71 não pode ser interpretado de maneira literal e odiosa, no sentido de entender-se vedado às cooperativas distribuírem qualquer espécie de benefício ou vantagem, afora o juro a que se refere o § 3.º, ainda mesmo quando tais vantagens ou benefícios decorram de outros dispositivos de lei e se ajustem aos mais firmes princípios da doutrina cooperativista. Os benefícios e vantagens que preencham estes requisitos não só podem, mas devem ser distribuídos pela cooperativa à coletividade dos seus associados, pois seria totalmente absurdo que a Lei n.º 5.764/71, no seu art. 24, § 3.º, pretendesse proibir que ela realizasse, em favor dos sócios, aqueles benefícios que em outros dispositivos a própria lei indica às cooperativas, como elemento integrante do exercício de sua relevante missão social.

22. — Assim, o que o art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71 na realidade proíbe às cooperativas é distribuírem elas **benefícios ilegais, vantagens injustas**, em suma, **privilégios** consistentes em prerrogativas aberrantes dos postulados cooperativistas e infringentes do **princípio da igualdade de tratamento**, que o art. 37 da mesma Lei assegura, indistintamente, a todos os sócios.

VII

Exemplos de vantagens proibidas pelo art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71

23. — Nesta ordem de idéias, caberia dizer que a cooperativa não pode distribuir aos associados vantagem consistente em porcentagem sobre os lucros, calculada com base nas quotas subscritas, pois tal medida

estaria infringindo o art. 4.º, VII, da Lei n.º 5.764/71, que prescreve o retorno das sobras líquidas na proporcão das operações mantidas pelo associado com a cooperativa.

Vantagem proibida seria, por igual, atribuir ao sócio mais de um voto nas assembleias gerais, como, por exemplo, tantos votos quantas quotas-partes, pois tal vantagem estaria em contradição com o art. 4.º, V, da Lei n.º 5.764/71, que consagra o **princípio da singularidade de voto**.

Vantagem proibida seria assegurar a certos cooperados um direito de preferência ao reembolso de suas quotas em caso de liquidação da sociedade. Essa preferência, concedida a uns em detrimento de outros, estaria a violar o princípio de igual tratamento consagrado no art. 37 da Lei n.º 5.764.

Vantagem ilícita e, portanto, **proibida pelo art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764**, seria, por exemplo, estabelecer, nos estatutos, que somente as quotas dos associados do ano de 1970 respondessem pelas dívidas da sociedade, enquanto as quotas subscritas em anos anteriores não estariam sujeitas à mesma responsabilidade. Seria isso, infringir, no caso, o art. 11 da mesma Lei.

Vantagem proibida seria, certamente, aquela que implicasse atribuir aos associados privilégios ou benefícios em função do sexo, da residência ou da nacionalidade (MAX GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, pág. 272).

Vantagem proibida seria que, numa cooperativa de consumo, determinados sócios gozassem de prazo ou de redução de preço na aquisição de mercadorias, enquanto outros tivessem de comprá-las à vista e em condições mais onerosas (Cf. MAX GERWIG, obra citada, pág. 279-280).

24 — São essas, entre outras, as espécies de benefícios e vantagens que o art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764, proíbe que as cooperativas distribuíam aos seus associados. Trata-se, em suma, de **vantagens discriminatórias**, de **benefícios imorais ou ilegais**, de **privilégios** que ferem a regra

de isonomia, assim como os princípios peculiares a que se subordina o sistema cooperativista. Não se compreende, portanto, naquela proibição qualquer proveito, qualquer benefício autorizado, explícita ou implicitamente, nas legislações ou que, pela sua natureza, guarda sintonia com os superiores princípios elaborados pela doutrina cooperativista.

VIII

A atualização monetária do capital das cooperativas não se enquadra no conceito de benefício proibido pela Lei n.º 5.764/71, art. 24, § 3.º

25 — Fixado, por esta forma, o verdadeiro sentido da vedação estabelecida no art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764, não há negar que a **atualização monetária do capital das sociedades cooperativas** não se enquadra, evidentemente, nesta vedação, pois constitui ela uma providência, não só reclamada pela doutrina, senão também já consagrada, como regra de equidade e justiça, em diversas legislações.

IX

A reavaliação do capital das cooperativas na França. Sua consagração pela lei francesa n.º 72.516, de 27-6-72

26. — Na década de 60, a atualização monetária do capital das cooperativas foi discutida, vivamente, no direito francês. A Lei n.º 47-1775, de 10 de setembro de 1947, criava, na França, embaraços intransponíveis a essa atualização, pois proibia, taxativamente, a utilização da reserva, que daí resultasse, para aumento do capital social.

O dever dos juristas era sublinhar os obstáculos da lei.

Mas, já então, escritores como DANIEL VAUX, eminente professor da Faculdade de Direito de Rennes, advertiam:

“Il faut reconnaitre qu'en période de dépréciation monétaire cette prohibition conduit à accumuler des réserves dont une grande partie provient de la réévaluation des élé-

ments d'actif, sans pouvoir les incorporer au capital, de telle sorte que la plupart des coopératives ne tardent à avoir un capital dérisoire au regard de la valeur réelle de leur actif... La seule solution admissible serait de réévaluer directement les **parts sociales**, en fonction de la dépréciation monétaire, suivant un barème réglementaire tenant compte de la date de souscription...” (Sociétés Coopératives, 6, in Revue Trimestrielle de Droit Commercial, ano 1953, págs. 680-681).

27. — Datava de 14 de dezembro de 1950 a Lei tunisiana que autorizava a reavaliação, pelo valor real, de certos elementos do ativo e passivo do balanço das cooperativas, bem como a distribuição do respectivo resultado, na razão de 50%, entre os associados.

Em seu livro “Les Coopératives Agricoles”, publicado, em 2.ª edição, no ano de 1962, JEAN ROZIER acentuava que o legislador francês, até aquela época, ainda não resolvera essa importante questão, cuja solução fora, já em 1950, enfrentada pela lei tunisiana.

Admitia ROZIER que a indivisibilidade das reservas e a devolução dos excedentes em caso de dissolução das cooperativas, achavam-se firmemente consagradas na legislação francesa. E, a seguir, advertia com extremo bom senso:

Ces principes doivent manifestement être sauvegardés, car ils traduisent la valeur spirituelle de l'idée coopérative. Mais la revalorisation des **parts sociales n'auraient point pour effet de porter atteinte à ces principes, si elle n'intervient que pour compenser la dévaluation de la monnaie et selon un barème préétabli**. Le respect des principes ne doit pas faire méconnaître les faits...” (JEAN ROZIER, Les Coopératives Agricoles, 1962, pág. 192).

Entre os doutrinadores que, a esse tempo, se batiam pela revalorização das quotas-partes do capital das cooperativas, cita ROZIER o nome de PIERRE REYMOND, que defendeu essa tese no 12.º Congresso francês da mutualidade, da cooperação e do crédito agrícola (Les Coopératives Agricoles, pág. 192, nota 17).

Referindo-se à lamentável omissão em que, neste particular, incorria o legislador do seu País, ROZIER a consigna, com manifesto azedume, dizendo:

“Cette question de la réévaluation des parts sociales ne manque pas d'être irritante puisque pas encore résolue” (Obra citada, pág. 192).

28. — O excessivo respeito ao nominalismo monetário, especialmente na medida em que a inflação ameaçava desenvolver-se, na França, com maior intensidade, passou a ser objeto de críticas frontais. A doutrina via no assim denominado “fetichismo” do valor nominal da moeda de conta, a flagrante violação de um princípio de justiça e de equidade, e, até mesmo, de moralidade estatal.

Na sua excelente obra “Le Droit Comptable au service de l'homme”, publicada em 1969, SAVATIER se rebelou contra o princípio nominalista, tachando-o de **mentiroso e imoral**.

“L'Etat — diz o ilustre jurista — ne peut fausser l'unité des comptes confiée à sa garde sans méconnaître, en même temps que la justesse des comptes, la Justice entre les hommes” (Le Droit Comptable au service de l'homme, pág. 129).

E referindo-se à política monetária do direito positivo, acentua SAVATIER:

“Ce qu'il y a de grave, c'est que la dévaluation de la monnaie n'est plus traitée comme une question de droit, ni de justesse des comptes, mais simplement, comme une politique, instinctivement **immorale**...

“Car la politique économique, pas plus que toute autre politique, n'a qualité pour opposer ses habilités à la Justice, quand les exigences de celle-ci sont claires. Et nous venons précisément de montrer qu'elles sont ici d'une clarté “ma-

thématique”. Quand on a emprunté ou promis une valeur, exprimée par un nombre déterminé d'unités comptables, le fait de rendre consciemment à son créancier une valeur constituée par le même nombre d'unités, **préalablement dévaluées**, est un acte **malhonnête!** Et surtout, la politique qui la suggère ou même l'ordonne, en rendant les unités nouvelles **sciemment mensongères**, est antagoniste aux valeurs de vérité et de justice. Le profit supposé qu'elle prétend retirer de la violation de ces valeurs est illégitime. La fin ne justifie pas les moyens. L'utilité qu'on prête à un résultat n'autorise pas, en droit, une conduite injuste” (SAVATIER, obra citada, págs. 131-132).

O prof. JOSEPH HAMEL, citado por JULIAN CHACEL, MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN e ARNOLDO WALD, em obra recente, já em 1955 situara-se, fundamentalmente, na linha de pensamento de SAVATIER.

“Quelles que soient — escreve HAMEL — la valeur et la puissance des impératifs monétaires, ils **ne doivent pas créer d'injustice**; dans toute société à un stade donné de son développement, existe un concept de la justice que la technique juridique ne doit jamais méconnaître; sinon le Droit, se mettant en opposition avec la conscience morale de son époque, ne remplirait plus sa mission; il ne créerait que'un ordre artificiel que les consciences individuelles réprouveraient et sauraient rendre inefficace” (Clause d'échelle mobile et droit monétaire, in Revue Économique, março de 1966, n.º 2, pág. 181 e 185, apud JULIAN CHACEL, MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN e ARNOLDO WALD, Correção Monetária, APEC editora SA., 1973, pág. 165, nota 103).

A Lei n.º 72.516, de 27 de junho de 1972, criando, na França, um tipo especial de cooperativas agrícolas, distintas das sociedades civis e das sociedades comerciais, assegurou-lhes o direito de procederem à reavaliação de suas partes sociais. Certas inovações introduzidas pela Lei n.º 72.516/72 nas cooperativas agrícolas francesas, correspondem às promovidas, de um modo geral, entre nós, pela Lei n.º 5.764/71, na es-

trutura e no funcionamento das cooperativas brasileiras. Veja-se, a propósito, a exposição do Prof. ROGER SAINT-ALARY, nos seus comentários ao novo diploma cooperativista francês:

“Moyennant l'introduction dans leurs statuts de stipulations appropriées les coopératives agricoles peuvent admettre des associés non coopérateurs (art. 2-1.^o nouv. de l'ord.), déroger au principe d'exclusivisme et travailler avec des tiers non coopérateurs (en réalité des tiers non associés) dans la limite de 20% du chiffre d'affaires annuel (art. 6 nouv. de l'ord.); il leur est même permis de prendre des participations dans des sociétés commerciales sous le seules réserves suivantes: demander une autorisation si l'activité principale de ces sociétés est différente de celle de la coopérative participante et, en toute hypothèse, communiquer la prise de participation à l'autorité qui a prononcé son agrément afin qu'elle s'assure que 'ces opérations ne dénaturent pas le caractère coopératif de la société en cause'. Mais ce n'est pas tout: elles peuvent en outre procéder à la revalorisation de leurs parts sociales (art. 2, II, de la loi nouvelle)...” (Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1972, Sociétés Coopératives, pág. 941).

Valendo-se dessa última faculdade, que a Lei n.^o 72.516, de 27-6-72, assegura às cooperativas agrícolas, na França, podem elas aumentar o seu capital social sem o ingresso de novos sócios. Como acentua o Prof. SAINT-ALARY, em estudo recente, o aumento do capital sem modificação do número dos associados verifica-se, nessas cooperativas, “lorsqu' en application des dispositions de l'article 2 de la loi n.^o 72-516 du 27 juin 1972 (v. cette Revue, 1972.937), la société a réévalué son bilan et décidé d'incorporer au capital social la réserve de réévaluation et de revaloriser a cet effet les parts sociales” (Revue Trimestrielle de Droit Commercial, ano 1975, n.^o 2, Sociétés Coopératives, pág. 318).

X

A atualização monetária do capital das cooperativas no direito italiano

29. — Na Itália, o Código Civil de 1942 assegurou, às cooperativas, a correção monetária dos seus balanços, em condições de igualdade com

as sociedades anônimas, bastando, para tanto, que a cooperativa, que procede à reavaliação, abra mão de certos favores fiscais, disciplinados no Decreto-lei n.^o 1.577, de 14 de dezembro de 1947.

VERRUCOLI, a propósito, escreve que, nas sociedades cooperativas, “l' aumento del capital può avvenire, per deliberazione assembleare di aumento del capitale, alla stessa stregua delle società per azione, o cioè mediante - aumento del valore nominale delle azioni, e per valutazione monetaria o per passaggio di riserve a capitale, ciò che é ammissibile solo nel caso di cooperative che non si uniformino ai 'requisiti' anzidetti, e di cui all' art. 26 D.L. C.P.S. 14 dicembre 1947 numero 1577” (La Società Cooperativa, Milano 1958, pág. 386). No mesmo sentido, a lição de BRUNETTI, o qual acentua que o capital das cooperativas pode ser aumentado mediante atualização monetária (Tratado del Derecho de las Sociedades, trad. esp., III, n.^o 1.241, pág. 499).

30. — A matéria foi examinada, exhaustivamente, no direito italiano, por GUIDO PADOA, no seu trabalho “Rivalutazioni monetarie e Riserve nelle Società Cooperative”, publicado na “Rivista della Cooperazione”, ano 1952, pág. 11 e seguintes.

Detendo-se no exame das possíveis destinações dos valores da reavaliação monetária, nas sociedades cooperativas, indica GUIDO PADOA, entre outras, “l' aumento del capital sociale, sia mediante aumento del valore nominale delle azioni, sia con emissione di azioni gratuite” (Rivista della Cooperazione, ano 1952, pág. 112).

O problema da desigualdade entre os sócios da cooperativa, suscitado pela distribuição do resultado da reavaliação monetária, também foi analisado pelo ilustre escritor. Se esse resultado for repartido em função do montante das quotas-partes (no direito italiano, as “partes” têm o nome de *azioni*), podem ocorrer graves injustiças, pois nem todos os sócios contribuíram da mesma forma para a constituição da reserva decorrente da reavaliação, a ser distribuída. A distribuição do produto da reavaliação entre os cooperados poderá ter como parâmetro o tempo, maior ou menor, da integralização de suas quotas-partes do capital. Mas poderá ser também distribuído com base em outro critério

compatível com os princípios cooperativos, como, por exemplo, o adotado nas cooperativas de consumo e de eletrificação dos Estados Unidos, onde, em caso de dissolução, o ativo líquido é repartido entre os associados em função do montante do volume das operações realizadas pelo associado com a cooperativa nos últimos 7 anos (Cf. ROGER KÉRINEC, *Les Coopératives de Consommation aux États Unis*, 1949, pág. 185) ².

GUIDO PADOA, abordando esse problema, resolve-o, na falta de disposição legal, com a seguinte observação:

“Il reparto dei saldi di rivalutazioni tra i soci è pur sempre cosa volontaria, é la manifestazione di un intendimento che deve uscire dall' assemblea generale” (Artigo cit., in *Rivista della Cooperazione*, ano 1952, pág. 119).

O critério a ser adotado na distribuição da reserva da correção monetária do ativo imobilizado será, pois, estabelecido pela própria assembleia que vota essa distribuição para efeito do aumento do capital da cooperativa.

XI

A Lei cooperativista n.º 5.764/71, art. 24, § 3.º, não proíbe a correção monetária do capital das sociedades cooperativas. Inadmissibilidade da “interpretatio abrogans”. Vigência plena do art. 31, § 1.º, alínea “a”, da Lei n.º 4.506/64

31. — Quando a Lei n.º 4.506/64 estabelece, no seu art. 31, § 1.º, “a”, que as cooperativas “**poderão atualizar monetariamente o seu capital nos termos do art. 3.º da Lei n.º 4.357, de 16 de julho de 1964**”, nada mais faz senão consagrar uma regra de justiça e equidade, já reivindicada, em linha de princípio, pela doutrina cooperativista e também já prescrita em legislações estrangeiras, como a italiana e tunisiana e, agora, a francesa, através da Lei n.º 72.516, de 27 de junho de 1972.

2 — Escreve KÉRINEC: “En cas de dissolution de la Coopérative, l'actif net est partagé entre les membres au prorata de leur consommation pendant les sept années précédant la dissolution.” (obra citada, pág. 185)

O art. 31, § 1.º, “a”, da Lei n.º 4.506/64, corresponde, inegavelmente a uma medida de moralidade e justiça praticada, em período de intensa desvalorização monetária, para com os associados de cooperativas, cujas quotas, realizadas em dinheiro, ainda hoje estão sujeitas à depreciação permanente, determinada pelo processo inflacionário em que continua mergulhada a economia do País.

32. — Nestas condições, seria incurial admitir que a Lei n.º 5.764/71, que deu às cooperativas brasileiras tantas oportunidades de desenvolvimento (vejam-se os seus artigos 85 e 86), tivesse tido a intenção de incluir na vedação do seu art. 24, § 3.º, a **atualização monetária do capital das cooperativas**, tornada facultativa pela alínea “a”, in fine, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, especialmente quando essa atualização é reivindicada, em princípio, pela doutrina do direito cooperativo e já se acha consagrada em outras legislações como regra de justiça, quando não de imperativa “moralidade” (Cf. SAVATIER, *Le Droit Comptable*, pág. 131).

33. — Ficou amplamente demonstrado, através da interpretação lógico-sistemática do art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764, de 1971, que, quando esse dispositivo estatuiu ser vedado às cooperativas distribuírem qualquer espécie de benefícios às quotas-partes do capital ou estabelecerem outras vantagens ou privilégios em favor de quaisquer associados, somente podia ele visar aos **benefícios ilícitos, às vantagens discriminatórias e injustas, aos privilégios atentatórios ao direito comum** ³ e ao **princípio de isonomia** estatuído no art. 37, mas, nunca jamais, àqueles benefícios outorgados pela própria Lei (arts. 3.º, 4.º, itens V, VI, IX, X, art. 28, II, e § 1.º) ou noutras leis em vigor (Lei n.º 4.506/64, alínea “a”, in fine, do § 1.º do art. 31), os quais a própria doutrina, pelos seus mais ilustres representantes, reivindica para as organizações cooperativas.

Não existe, realmente, nenhuma incompatibilidade entre o art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71 e a alínea “a”, in fine, do § 1.º do art. 31 da

3 — “**Privilégio** — Vantagem que se concede a alguém com exclusão de outros e contra o direito comum” (AURELIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário*, pág. 1.148).

Lei n.º 4.506/64, que assegura às cooperativas uma vantagem reclamada pela doutrina do Direito e que repousa na obrigação fundamental, que assiste ao Estado, de realizar, nas inter-relações sociais, o primado da justiça comutativa.

Derrogar a alínea “a”, *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, mediante uma “interpretatio abrogans” do art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71, seria, positivamente, um atentado à Hermenêutica.

“Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência” (CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 2ª. ed., pág. 149).

Como assinalou o Ministro OROZIMBO NONATO, em voto magistral proferido no egrégio Supremo Tribunal: “A conciliação de textos aparentemente antagônicos é dever supremo do intérprete. As leis formam um sistema, como escreveu NICOLA STOLFI; interpenetram-se e devem ser entendidas em sua unidade complexa (Dir. Civ., I, n. 823) e, por isso mesmo, “assai raramente non si trova la spiegazione dell’antinomic” (apud ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada*, vol. I, pág. 294, nota 88-a).

Avaliando os riscos da “interpretatio abrogans”, afirma o Ministro OROZIMBO NONATO:

“O intérprete a todo o poder que possa deve fugir a essa interpretação extremada: — cabe-lhe empregar o último de potência para conciliar os textos, ao parecer antagônicos. Sempre que a conciliação seja possível, a chamada **interpretatio abrogans** deve ser francamente relegada” (apud ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, obra citada, vol. I, pág. 293, nota 88-a).

No mesmo sentido, pronunciou-se, em acórdão de 24 de julho de 1951, o egrégio Supremo Tribunal, decidindo:

“As antinomias não se presumem e a **interpretatio abrogans** é remate a que não pode o intérprete chegar sem des-

pendar o último de potência para harmonização dos textos ao parecer contraditórios” (Revista Forense, vol. 141, pág. 137).

A “interpretação abrogante” é, portanto, solução extrema, que só deve ser adotada quando a incompatibilidade dos textos entra pelos olhos adentro, com a força irradiante das luzes da evidência. Não ocorre, por certo, tal incompatibilidade no caso da atualização monetária facultada pela alínea “a”, *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, que, na ordem jurídica cooperativa, consagrada pela Lei n.º 5.764/71, representa um benefício absolutamente justo, inspirado em razões de imperiosa moralidade estatal.

XII

A Lei n.º 5.764/71, como lei geral, não revogou a disposição especial do art. 31, da Lei n.º 4.357/64, nem a alínea “a” do § 1.º, do art. 31, da Lei n.º 4.506/64, que restringiu o alcance da obrigatoriedade estabelecida no art. 3.º, tornando opcional a correção monetária do capital das sociedades cooperativas.

34. — Já foi salientado, inicialmente, que o art. 31 da Lei n.º 4.506/64 é uma norma complexa, que na verdade, contém três preceituações distintas, a saber:

a) No **caput**, art. 31 concede isenção de imposto de renda a 12 categorias de cooperativas, que nele se acham mencionadas, como as de “produção e trabalho agrícolas; de beneficiamento e venda em comum de produtos agrícolas ou de origem animal ou da pesca; de industrialização de produtos agropecuários dos seus associados etc. etc.”.

b) No seu § 1.º, o art. 31 estabelece que “cessará de pleno direito a isenção da cooperativa que distribuir **dividendo** aos seus associados”, esclarecendo, porém, que não se considera dividendo, nem o juro fixo até 12% ao ano atribuído ao capital realizado, nem o retorno ou sobra decorrente do reajustamento de preços pagos ou recebidos de seus associados.

c) Na parte final da alínea "a" do § 1.º, o art. 31 preceitua que as cooperativas "poderão atualizar monetariamente o seu capital realizado, nos termos do art. 3.º da Lei n.º 4.357/64".

Cabe, assim, a pergunta: em que essas preceituações foram atingidas pela nova Lei n.º 5.764/71, que revogou o Decreto-lei n.º 59/64 e seu Regulamento (Dec. 60.597/67), disciplinando, de um modo geral, a organização e o funcionamento das sociedades cooperativas no País?

35. — Modificado foi, sem dúvida, o "caput" do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, que restringia a isenção do imposto de renda a certas categorias de cooperativas. Mediante argumento deduzido a **contrario sensu** do art. 111 da Lei n.º 5.764/71, a isenção do imposto de renda deve entender-se ampliada agora, no que tange aos resultados positivos ⁴ das operações internas ⁵, a todas as cooperativas, que só pagarão esse imposto sobre os resultados auferidos nas operações e participações a que se referem os artigos 85, 86 e 88 da Lei n.º 5.764.

36. — No tocante ao § 1.º, do art. 31, da Lei n.º 4.506/64, entretanto, não houve alteração, porquanto, também no regime da Lei n.º 5.764/71, as cooperativas não poderão distribuir **dividendos**, isto é, porcentagens sobre lucros a seus associados, não se considerando, por igual, no sistema da Lei 5.764, como **dividendo** o juro máximo de 12% ao ano atribuído às partes integralizadas (Lei n.º 5.764/71, art. 24, § 3.º), nem o retorno das sobras líquidas do exercício (Lei n.º 5.764, art. 4.º, VII). Tanto a distribuição de juros, até aquele percentual, como a de retorno, acham-se autorizadas na nova Lei n.º 5.764/71.

37. — Quanto à preceituação pela qual a Lei n.º 4.506/64, na parte **in fine** da alínea "a" do § 1.º do art. 31, **faculta** a atualização monetária

4 — Na terminologia do direito cooperativo, os resultados positivos do exercício, auferidos das operações internas, denominam-se 'sobras' (Lei n.º 5.764/71, art. 4.º, item VII).

5 — As operações internas realizadas pelo associado com a cooperativa, para a consecução dos objetivos sociais, acham-se compreendidas na denominação genérica de "atos cooperativos" (Lei n.º 5.764/71, art. 79).

do capital das cooperativas nos termos da Lei n.º 4.357/64, art. 3.º, nada há na nova Lei n.º 5.764/71 que a contradiga. Em consequência, aquela preceituação, de natureza especial, não foi derogada pela lei geral, continuando, ao revés, em pleno vigor.

38. — Aliás, no rigor da verdade, a parte final da alínea "a" do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64 não passa de uma exceção ⁶ introduzida no art. 3.º da Lei n.º 4.357/64, no tocante às sociedades cooperativas, tornando, para estas, **facultativa** a correção monetária do ativo imobilizado que a mesma Lei n.º 4.357, no art. 3.º, tornara **obrigatória** para as pessoas jurídicas em geral.

Face ao art. 3.º da Lei n.º 4.357/64, a jurisprudência administrativa já entendera que as pessoas jurídicas imunes ou isentas não estavam "obrigadas" a procederem a dita correção monetária (DIR proe.

252.089/64, Bol. DIR n.º 3/68; proc. 213.176/64, Bol. DIR n.º 3/137; proc. 204.251/64, Bol. DIR n.º 3/188, apud J. L. BULHÕES PEDREIRA, Imposto de Renda, 1969 APEC Editora, item 5.23 (20), e nota 3 ao Capítulo 5).

A parte final da alínea "a" do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64 apenas transformou em **preceito legal**, no tocante às cooperativas, a **regra jurisprudencial** que o Departamento do Imposto de Renda, mediante interpretação, estabeleceu para as pessoas imunes ou isentas, inclusive, pois, para as sociedades cooperativas isentas de tributação.

39. — Nestas condições, tanto o art. 3.º da Lei n.º 4.357/64, quanto a parte final da alínea "a" do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, que tornou facultativa a correção monetária do capital para as sociedades cooperativas, se apresentam, agora como antes, em perfeita sintonia com a legislação cooperativista brasileira.

6 — Trata-se, na espécie, de exceção **permissiva**, porquanto, do mesmo passo que a cooperativa é **excecionada** da regra da obrigatoriedade da correção monetária do ativo imobilizado estabelecida para as pessoas jurídicas no art. 3.º da Lei n.º 4.357/64, por outro lado é **permitido** que a cooperativa proceda à atualização monetária do seu capital. A permissão decorre da palavra "poderão" usada pelo legislador (Lei n.º 4.506/64, alínea "a", § 1.º do art. 31).

40. — Inadmissível seria argumentar, no caso, com o art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual estabelece que “a lei posterior revoga a anterior... quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”

É certo que a Lei n.º 5.764/71 regulou, na integridade, a organização e o funcionamento das cooperativas no País, tal como, anteriormente, eram elas reguladas, na integridade, pelo Decreto n.º 22.239/32 e pelo Decreto-lei n.º 59/66 e seu regulamento.

Mas, nem por ser a Lei n.º 5.764/71 uma lei geral, teve por efeito a revogação do art. 3.º da Lei n.º 4.357/64, que instituiu a correção monetária obrigatória do capital das pessoas jurídicas, nem derogou ela a alínea “a”, *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64 que, em relação às cooperativas, restringiu a extensão da obrigatoriedade da dita correção monetária, tornando-a facultativa para tais sociedades.

Uma lei geral, que sucede a outra, regulando toda a matéria anteriormente disciplinada por esta, não revoga as leis especiais, nem as disposições de lei especial compatíveis tanto com a lei geral revogada, como com a nova lei geral.

SAREDO, uma das maiores autoridades em tema de abrogação de leis, em acentuando que a abrogação da lei não se presume, afirma positivamente que

“Um artigo de lei pode sobreviver a todo o resto de uma lei abrogada” (apud ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Lei de Introdução ao Código Civil Comentada, 1943, vol. I, págs. 86-87, nota “i”).

De conformidade, aliás, com essa orientação da doutrina, vemos o Código Civil chileno dispor, expressamente, no seu art. 53 que

“La derogación tacita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no

pugna con las disposiciones de la nueva ley” (No mesmo sentido, art. 72 do Cód. Civ. da Colômbia, apud ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, obra citada, pág. 68).

É essa também a opinião de ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, os quais invocam a opinião de FIORE, emitida em face do art. 5.º do Código Civil italiano de 1865, idêntico ao art. 2.º, § 1.º, da nossa Lei de Introdução ao Código Civil:

“No caso de ser determinada matéria disciplinada por uma lei geral, havendo certas relações, atinentes à mesma espécie, reguladas por lei particular, o fato de ser publicada uma lei geral, que reja a matéria, na sua integridade, não traz como consequência abrogação implícita da lei especial relativa a ela, quando não se apresenta incompatibilidade absoluta⁷ entre essa lei especial e a geral, ou quando a abrogação não resulte claramente da intenção legislativa, do objeto, do espírito ou do fim da lei geral” (apud ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, obra citada, pág. 83, nota “d”).

Verifica-se, exatamente, no caso em apreço, a hipótese formulada por FIORE:

Entre o art. 111 da Lei geral n.º 5.764/71, que estendeu a isenção do imposto de renda a todas as cooperativas, salvo nos casos que excetua, e o art. 3.º da Lei especial n.º 4.357/64, que instituiu a correção monetária do ativo imobilizado, **em caráter obrigatório**, e a alínea “a”, *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, que modificou o art. 3.º, tornando-a facultativa para as sociedades cooperativas, não existe, evidentemente, nenhuma incompatibilidade, nem se vê por que motivo a derrogação desses dispositivos legais deva resultar da intenção legislativa, do objeto, do espírito ou do fim da Lei n.º 5.764/71.

7 — A jurisprudência dos nossos tribunais é no mesmo sentido: “Para que a lei se considere revogada tacitamente, é preciso que a nova ordem estabelecida pela lei mais nova seja inconjugável absolutamente com o preceito da lei antiga” (Rev. Forense, vol. 115, pág. 413; idem, vol. 133, pág. 230). Doutrina e jurisprudência exigem que, para dar-se a derrogação, a incompatibilidade dos textos seja absoluta, o que, pode dizer-se, absolutamente não acontece na espécie aqui examinada.

Pelo contrário.

Tendo em vista o conteúdo de justiça e moralidade que o instituto da correção monetária encerra, é forçoso concluir que a faculdade concedida pela alínea "a", *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64 às sociedades cooperativas, continua, na intenção do legislador, a "sobreviver", na expressão de SAREDO, integralmente, no sistema da nova Lei n.º 5.764/71, tal como, antes, "viveu" na vigência do Decreto n.º 22.239/32 e depois "sobreviveu" em face do Decreto-lei n.º 59/66 e seu Regulamento, em perfeita harmonia com esses diplomas legais.

XIII

A correção monetária no sistema constitucional brasileiro

41 — No sistema constitucional brasileiro, a correção monetária foi considerada em várias de suas disposições.

"Enquanto houver inflação, a correção monetária se impõe para que o direito não nos leve a cometer injustiça, em nome de um princípio no qual não acreditamos, que é a ilusão e a ficção da estabilidade do poder aquisitivo da moeda, que não está na Constituição nem na lei. Ao contrário, a própria Constituição Federal vigente (Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969) reconhece, no seu art. 102, § 1.º, a existência de alterações no poder aquisitivo da moeda. É ela que determina que se atenda à inflação, a fim de garantir o 'equilíbrio financeiro' das empresas concessionárias, garantindo-se a revisão periódica das tarifas (art. 167, II e III), consagrando, outrossim, a 'exata correção monetária' nas desapropriações (art. 153, § 22)" (ARNOLDO WALD, A Correção Monetária no Direito Privado Brasileiro, in AJURIS, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vol. 4.º, pág. 37).

A correção monetária acha-se, entre nós, consagrada "em quase seis dezenas de diplomas legais pertinentes às relações entre as entidades públicas, *latu sensu*, e particulares" (Cf. Recomendação dos Magistrados Brasileiros, votada nos Estudos da 11.ª Comissão da Associação Internacional de Magistrados, in AJURIS, n.º 4, 1975, pág. 7).

"Tanto a Constituição Federal como várias leis admitem a correção monetária, que assim passa a sofrer — na afirmação de JULIAN CHACEL, MARIO HENRIQUE SIMONSEN e ARNOLDO WALD — uma institucionalização nos vários tipos de relações jurídicas" (Correção Monetária, pág. 166). Ainda que o nominalismo monetário representasse a segurança jurídica, "o que na realidade não ocorre, ainda assim não poderia superar o princípio básico da reparação integral que simboliza a própria moralidade do direito" (JULIAN CHACEL, MARIO HENRIQUE SIMONSEN e ARNOLDO WALD, Correção Monetária, pág. 165-166).

XIV

Importância prática da atualização monetária do capital das cooperativas

42. — É inegável a importância prática da regra estabelecida pela parte final da alínea "a" do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, tornando facultativa, para as sociedades cooperativas, a atualização monetária do ativo imobilizado das pessoas jurídicas, determinada pelo art. 3.º da Lei n.º 4.357/64. Se essa regra já não existisse no direito brasileiro, deveria ser criada no interesse da capitalização da economia cooperativa. Nenhum associado de cooperativa, sem a garantia da correção monetária de suas quotas pagas em dinheiro de hoje, terá o menor estímulo em subscrever novas quotas para aumento do capital da empresa, quando sabe que, amanhã, sob o impacto incoercível do processo inflacionário em curso, o dinheiro correspondente ao valor nominal da quota está, no caso de devolução por morte ou recesso, com o seu poder de compra reduzido a quase nada.

A regra da alínea "a", *in fine*, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, tornando opcional, para as cooperativas, a correção monetária do ativo imobilizado imposta às pessoas jurídicas pelo art. 3.º da Lei n.º 4.357/64, além da moralidade intrínseca do seu preceito e da justiça que realiza na esfera das relações internas da cooperativa, reveste-se, ainda, de um valor pragmático, estimulante da capitalização dessas empresas, colocando-as, nesse particular, em condições de igualdade com as socie-

dades anônimas, onde as ações, além de renderem dividendos, se multiplicam mediante bonificações distribuídas com as reservas resultantes da reavaliação dos seus balanços.

XV

Conclusões

1.º) O que o art. 24, § 3.º, da Lei n.º 5.764/71 proíbe às cooperativas é distribuírem aos associados, titulares de quotas-partes, **benefícios ilegítimos, vantagens discriminatórias, privilégios que ferem a Moral e o Direito**, nunca, porém, vantagens equíparas, estabelecidas em lei ou recomendadas pela doutrina cooperativista, e que se justificam tanto de **lege lata**, como de **lege ferenda**. Entre essas últimas vantagens, pela sua intrínseca moralidade e justiça, está incluída, por certo, a atualização monetária do capital das sociedades cooperativas, nos termos da alínea "a", **in fine**, do § 1.º do artigo 31 da Lei n.º 4.506/64 e do art. 3.º da Lei n.º 4.357/64, disposições não revogadas, mas em pleno vigor.

2.º) A Lei n.º 5.764/71 não derogou, explícita ou implicitamente, nem o art. 3.º da Lei n.º 4.357/64, nem a alínea "a", **in fine**, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, dispositivos esses que realizam, no plano do direito, uma medida econômico-financeira que encontra símile em preceitos da Constituição Federal, bem como em numerosas leis ordinárias, o que permite considerá-la uma fórmula ideal de justiça.

3.º) O silêncio que o novo Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n.º 76.186, de 2-9-75, faz sobre as disposições do art. 3.º da Lei n.º 4.357/64 e da alínea "a", **in fine**, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, que tornou facultativa a atualização monetária do capital para as sociedades cooperativas, não implica a intenção, aliás insustentável, de considerá-las revogadas.

Aquelas disposições combinadas estão em vigor, razão pela qual é lícito às cooperativas procederem, se quiserem, à atualização monetária do seu capital realizado, nos termos da alínea "a", **in fine**, do §

1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, de acordo com o art. 3.º da Lei n.º 4.357/64 e leis posteriores, consolidadas no art. 239 e seguintes do Regulamento do Imposto de Renda vigente.

4.º) Trata-se, convém repetir, de uma atualização monetária opcional, nos termos da alínea "a", **in fine**, do § 1.º do art. 31 da Lei n.º 4.506/64, onde se lê a palavra "poderão", que indica uma faculdade e não um dever.

É o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 16 de novembro de 1975.

CONTRATAÇÃO POR EMPRESA PÚBLICA INDEPENDENTEMENTE DE LICITAÇÃO

ARNOLDO WALD

Doutor em Direito pela Universidade do Brasil. Professor Titular da Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado no Estado do Rio de Janeiro.

1. As Consulentes desejam saber se a Rede Ferroviária Federal S. A. pode contratar, conjuntamente, sem licitação prévia, a construção e o financiamento de um sistema ferroviário.

2. A Rede Ferroviária Federal S. A. é uma empresa pública, por força do disposto no art. 4.º da Lei n.º 3.115, de 16 de março de 1957, preenchendo os requisitos do art. 5.º, inciso II do Decreto-lei n.º 200, de 25.2.1967, complementado pelo art. 5.º do Decreto-lei n.º 900, de 29.9.1969.

3. Sendo a Rede uma empresa pública, considera a lei que ela tem personalidade jurídica de direito privado e que se rege, nos seus contratos, pelas normas de direito privado. Efetivamente, a personalidade jurídica de direito privado lhe foi reconhecida pelo próprio Decreto-lei n.º 200 (artigo 5, inciso II) e a sujeição das suas relações com terceiros às normas da legislação comum de direito obrigacional é consequência de determinação da própria Constituição Federal, que, no seu art. 170, § 2.º, estabelece, de modo inequívoco, o seguinte:

“Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, AS EMPRESAS PÚBLICAS E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA reger-se-ão pelas normas aplicáveis às EMPRESAS PRIVADAS, inclusive quanto ao direito do trabalho e das OBRIGAÇÕES.”

4. O texto constitucional vigente, da Emenda Constitucional n.º 1, corrigiu e restringiu a norma anteriormente vigente (art. 163, § 2.º da

Constituição de 1967), que também sujeitava, ao mesmo regime, as autarquias quando, na realidade, os sistemas jurídicos aplicáveis a ambas as hipóteses devem ser distintos.

5. Em virtude do caráter imperativo e inequívoco da norma constitucional, não se pode restringir a liberdade contratual das empresas públicas e sociedades de economia mista, nem se deve estabelecer, em relação a elas, normas jurídicas específicas distintas daquelas aplicáveis às sociedades comerciais em geral, impondo-se, pois, no caso, a adoção das normas comuns, que regem as relações contratuais no direito obrigacional civil e comercial.

6. O próprio Decreto-lei n.º 200 manteve a orientação fixada pela Constituição Federal, pois no seu art. 125 e nas disposições seguintes, estabeleceu normas para as licitações da Administração Direta e das autarquias (*ipsis verbis*) excluindo, a **contrario sensu**, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, consideradas ambas pelo próprio diploma legal como órgãos não autárquicos da Administração Indireta (art. 4.º, inciso II, do Decreto-lei n.º 200). Tanto a interpretação literal, como a lógica e até a sistemática convergem, assim, no sentido de excluir a aplicação imperativa do sistema de licitação às empresas públicas e sociedades de economia mista, por serem enquadradas como entidades com personalidade jurídica de direito privado.

7. O recente Decreto n.º 73.140, de 9.11.1973, que deu nova regulamentação ao Decreto-lei n.º 200, obedeceu à determinação constitucional e manteve a posição adotada pela legislação anterior, ao fixar a área da incidência das normas nele contidas. De fato, esclarece o art. 1.º do mencionado diploma legal que:

“As licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, reger-se-ão **na Administração Federal direta e autárquica** pelas normas do Título XII do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, e pelas disposições deste Decreto.”

8. Coerentemente com os textos legislativos, a interpretação administrativa, inclusive da Presidência da República, sempre foi no senti-

do de não se impor às empresas públicas e sociedades de economia mista as determinações legislativas referentes à licitação. Assim, no Parecer 350-H, aprovado pelo Chefe do Estado, o então Consultor Geral da República, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, teve o ensejo de afirmar que:

“Com efeito, **pessoa jurídica de direito privado, não sujeita ao processo de concorrência pública, a sociedade de economia mista não se confunde com os demais órgãos da administração centralizada.**” (In Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 101, pág. 73).

9. Cabe, aliás, ponderar que os pareceres do Consultor Geral da República, quando aprovados pelo Presidente, têm força de Decreto, vinculando, pois, a administração em todos seus níveis hierárquicos.

10. Finalmente, existe uma praxe administrativa no sentido de serem realizados contratos por sociedades de economia mista e empresas públicas, sem prévia licitação, bastando citar, neste sentido, os exemplos da PETROBRAS, Companhia Vale do Rio Doce e Banco do Brasil S. A., que estabeleceram sistemas próprios de contratação, não se lhes aplicando, evidentemente, as normas do Decreto-lei n.º 200 e legislação posterior. Não cabe argüir que se trata, no caso, de sociedades de economia mista, pois é certo, tanto pelo texto constitucional (art. 170, § 2.º acima referidos), como pela disposição da lei ordinária (Decreto-lei n.º 200 e Decreto n.º 73.140/73) que, para este fim, estão as empresas públicas totalmente equiparadas às sociedades de economia mista, sem que possa haver entre elas qualquer espécie de discriminação. Aplica-se, na hipótese, o adágio **Ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet**. Onde a lei não distingue, o intérprete não pode fazê-lo, devendo-se aplicar, em ambas as situações, o mesmo regime legal.

11. Também a jurisprudência já se firmou no sentido de não caber mandado de segurança, a fim de fazer incidir, em concorrência realizada por sociedade de economia mista, as normas federais existentes na matéria, como se verifica pela decisão do tribunal paulista denegando medida solicitada por concorrente contra o Metrô de São Paulo.

12. Por sua vez, a posição da doutrina brasileira é mansa e pacífica na matéria, desde há longos anos, conforme se verifica pelos seguintes pronunciamentos:

"A) De **HELY LOPES MEIRELLES** que pondera:

"Não se pode confundir a União, os Estados e os Municípios e suas autarquias com as demais entidades que prestam serviços públicos ou realizam atividades de interesse público, mas em regime de direito privado (civil ou comercial). Para aquelas a licitação é obrigatória; para estas é facultativa.

Dai por que o legislador federal avisadamente só sujeitou as entidades públicas aos sistemas de licitações (Decreto-lei n.º 200/67, art. 125)". (**HELY LOPES MEIRELLES, Licitação e Contrato Administrativo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, pág. 88).

E prossegue o eminente juriconsulto paulista, já agora em parecer que deu para o Metrô de São Paulo, afirmando que:

"A Consulente, sociedade de economia mista sob a forma anônima, é pessoa jurídica de direito privado e, como tal, não está sujeita à legislação federal (Decreto-lei n.º 200/67 e Lei 5.456/68) — nem à estadual sobre licitações e serviços". (Parecer intitulado "**Sociedade de Economia Mista. Contratação de obras e serviços.**" in **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara**, vol. 26, 1972, pág. 384).

B) de **CAIO TÁCITO**, para quem:

"1.º) As empresas públicas e sociedades de economia mista não estão regidas pelo sistema de licitações públicas aplicável aos órgãos da administração direta, ou autárquica;

2.º) Somente a lei poderá estabelecer limites à liberdade de contratar, própria do regime de direito privado, a que essas entidades estão sujeitas." (Parecer sobre **Concorrência Pública, Sociedades de Economia Mista, Leis Complementares**, de 11.4.73, in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 113, pág. 361).

C) De **CARLOS MEDEIROS SILVA**, que pondera serem as sociedades de economia mista e as empresas públicas

"sujeitas às normas legais baixadas para as sociedades de capital, de cunho mercantil. **QUALQUER DESVIO DESSA CARACTERIZAÇÃO DEVE RESULTAR DE TEXTO EXPRESSO DE LEI, MAXIME, ENTRE NÓS, ONDE NÃO HÁ REGRAS LEGISLATIVAS, DE ORDEM GERAL, SOBRE O ASSUNTO COMO ACONTECE ALHURES.**" (Parecer sobre **Sociedade de Economia Mista, Normas de Administração**, in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 34, pág. 391).

D) De **FRANCISCO CAMPOS**, que, ainda em 1962, incluía, num de seus pareceres, a seguinte ementa:

"O fato de o Estado participar do capital e da administração das sociedades mistas não altera a sua estrutura jurídica, nem as transpõe do plano da economia e do direito privado para o plano da economia pública e do direito público." (Parecer referente à Companhia Vale do Rio Doce in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 72, pág. 385).

13. Não discrepam da lição acima transcrita dos nossos especialistas de direito administrativo, todos os autores nacionais, que se manifestaram sobre a matéria, como se verifica pela leitura dos estudos dos Ministros Vicente Ráo (**O direito e a vida dos direitos**, São Paulo, Max Limonad, 1952, vol. 1.º, pág. 361 in fine) e Oscar Saraiva (**Estudos de Direito Administrativo e de Direito Social**, Rio, Editora Melso S. A., sem data, pág. 73) e dos Professores e advogados Cretella Junior (**Regime Jurídico das Empresas Públicas**, in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 106, pág. 79 e **Tratado de Direito Administrativo**, Rio, Forense, 1970, 1.ª edição, vol. VII, pág. 225/257), Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (**Fundações e Empresas Públicas**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, pág. 126), M. T. de Carvalho Britto Davis (**Tratado das Sociedades de Economia Mista**, Rio, José Konfino Editor, 1969, vol. II, pág. 640), José Nabantino Ramos (**Empresas Públicas**, artigo publicado na **Revista de Direito Administrativo**, vol. 107, pág. 19), Trajano de Miranda Valverde (**Sociedades Anônimas de Economia Mista**, artigo

publicado na *Revista Forense*, vol. 102), Waldemar Ferreira (*A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo*, São Paulo, Max Limonad, 1956, pág. 57) e Alfredo de Almeida Paiva (*As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado*, in *Revista Forense*, vol. 192, págs. 33 e seguintes e especialmente pág. 41).

14. Defendemos, nos últimos vinte anos, a mesma posição, salientando sempre a vinculação ao direito privado das empresas públicas, como consta do estudo que sobre o assunto publicamos em março de 1954 (ARNOLDO WALD, *As sociedades de economia mista e as empresas públicas*, in *Revista Forense*, vol. 152, págs. 510 e seguintes) e cujas conclusões reiteramos, diante da nova Constituição e da recente legislação sobre a matéria, em parecer que demos em maio de 1972, em relação à CEDAG. (Parecer sobre *Licitação. Dispensa*, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, vol. 26, pág. 345).

15. A inaplicabilidade das normas sobre licitação às sociedades de economia mista fez com que, em certos casos, se determinasse a inclusão nos Estatutos das empresas de normas estatutárias visando disciplinar as vendas de imóveis. Neste sentido, o Decreto-lei Complementar n.º 3 do Estado da Guanabara, de 24.10.969, determinou, no seu art. 73, que os Estatutos das sociedades de economia mista incluíssem disposição vedando a alienação de bens imóveis sem concorrência pública. Essa providência legal comprova que somente as disposições estatutárias podem restringir a liberdade de contratar das sociedades de economia mista e das empresas públicas, que se regem exclusivamente pelas normas de direito obrigacional.

16. A legislação estrangeira também reconheceu a personalidade jurídica de direito privado e a aplicação do direito comercial nas relações com terceiros como características da empresa pública. Assim, em excelente estudo que realizou sobre a matéria, Roger Houin, professor da Faculdade de Direito de Paris, teve o ensejo de salientar que se aplicam às empresas públicas as normas de direito comercial, pois

“leur comptabilité est tenue dans les formes commerciales; elles peuvent faire appel aux moyens de financement

en usage dans les entreprises privées; LES CONTRATS QU'ELLES CONCLUENT SONT SOUMIS AU DROIT COMMUN. Les méthodes du droit commercial ont paru mieux adaptées que celles du droit public pour assurer une gestion efficace et saine.” (ROGER HOUIN, *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial*, in *Archives de Philosophie du Droit, La distinction du droit privé et du droit publique et l'entreprise publique*, Paris, Sirey, 1952, pág. 98).

No direito norte-americano, Leonard D. White, professor da Universidade de Chicago, reconheceu essa mesma flexibilidade e autonomia às *government corporations*, ensinando que elas gozam da liberdade operacional, eficiência comercial e possibilidade de experimentação, para acrescentar que:

“These advantages are stated more explicitly as including financial self-sufficiency, including the right to borrow; freedom from annual appropriation, involving release from the supervision of the budget bureau; freedom from statutes and rules governing personnel and such matters as PURCHASE, travel, office space and property; ABILITY TO ESTABLISH A SEPARATE SYSTEM OF ACCOUNTS and to settle and adjust claims...”. (LEONARD D. WHITE, *Introduction to the Study of Public Administration*, New York, The MacMillan Company, 2a. edição, 1940, pág. 135, in fine, and 136).

17. O Professor SAMPAIO LACERDA em monografia intitulada “*As sociedades anônimas e sua utilização pelo Estado em suas empresas*” (Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, pág. 20), lembra, nos seguintes termos, a posição da doutrina francesa e inglesa:

“HAMEL et LAGARDE, em seu Tratado (1954, n.º 889), acentuam as inconveniências das normas do direito público às empresas do Estado: “As regras do direito administrativo e da contabilidade públicas são inconciliáveis. O funcionário é levado à prudência e não à audácia. Em princípio, todas as despesas do ano devem ter sido autorizadas pela inscrição de

um crédito no orçamento e os créditos não utilizados no período previsto são anulados, repetindo-se o processo de inscrição no ano seguinte." Concluem, então, os tratadistas franceses: "A aplicação de tudo isso aos negócios comerciais ou industriais significaria a paralisia e a falência. A medida que se ampliava o intervencionismo, havia preocupação "de industrializar" a gestão dos novos serviços, substituindo os processos de direito e de contabilidade comerciais." Outro não é o pensamento de WILLIAM ROBSON, professor de Economia em Londres (*La società pubbliche in Gran Bretagna*, in "*Riv. delle società*", 1956, 405, pág. 949 e segs.). A razão bastante para a criação do moderno tipo de sociedade pública foi a necessidade de um alto grau de liberdade, flexibilidade, audácia e espírito empreendedor na direção da empresa de propriedade pública tendo o caráter industrial ou comercial e o desejo de fugir às cautelas e prudências típicas dos negócios da administração governativa." Duplo desejo ensejou a criação das sociedades públicas, afirma ROBSON: de um lado garantir a liberdade do controle cotidiano parlamentar sobre a gestão das indústrias nacionalizadas e por outro evitar a supervisão do Tesouro sobre seu pessoal e sobre seu balanço, pois, como se expressou o primeiro Ministro Trabalhista CLEMENT ATTLE, o controle do Tesouro é de todo incompatível com a elasticidade necessária à direção de uma empresa comercial ("Post Office Reform", in "*New Statesman and Nation*" de 7.11.1931)."

18. Examinando a evolução da legislação francesa sobre a matéria, o Professor JEAN MEYNAUD (*Aspectos atuais da empresa pública, na França*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1957, págs. 35 a 37), colocou o problema nos seguintes termos:

"Tratando-se particularmente da França, a tendência dos últimos anos parece ter sido de reforçar e multiplicar os controles. Esta situação foi criticada em certos meios que nela viram uma defesa do Estado e conseqüentemente um abandono dos princípios que haviam guiado o legislador na realização das nacionalizações. De diversos lados foi invocado o espectro

da rigidez burocrática geradora da ineficácia e da desordem; mas, a maior parte das críticas é exagerada, sem dúvida alguma.

.....

A falta de elasticidade do sistema de autorização prévia foi particularmente criticada pela demora que causava na execução das decisões, prejudicando a boa marcha da empresa (essa lentidão teria comprometido a realização de diversas transações imobiliárias). Tais críticas não são desprovidas de fundamentos, sobretudo nos casos correntes em que o processo de aprovação exige a intervenção de diversas administrações. Porém, tratando-se de decisões importantes compreendendo a política geral da empresa, ou suscetível de exercer influência na política nacional, parece-nos difícil a renúncia a todo poder de tutela.

O problema se resume, pois, em tornar exequível, em vez de fazer desaparecer o sistema de autorização prévia, limitar a tutela às decisões realmente importantes e sobretudo tornar fáceis as formalidades de aprovação."

19. No mesmo sentido, M. T. DE CARVALHO BRITTO DAVIS, no seu *Tratado das sociedades de economia mista* (Rio de Janeiro, José Konfino, 1969, pág. 479), invoca a lição idêntica que encontramos nos autores italianos, nos seguintes termos:

"Merecem assentada as seguintes palavras de TREVES, que servem de advertência àquelas que tencionam sobre-carregar, excessivamente, as empresas estatais, de controle os mais diversos, que possam ocasionar transtornos à sua eficiência operacional, etc.

"L'espedito dell'ente pubblico economico e ancor di più quello della società commerciale esonerano l'amministrazione dal sistema rigido ed ingombrante di operazioni e di controlli, istituito nel passato nei confronti di servizi di natura differente, e antiquato ormai perfino per questi. Nessuna im-

presa commerciale potrebbe svilupparsi in tali condizioni con speranza di successo. È fuori dubbio il bisogno di maggiori elasticità, celerità e indipendenza.”

20. No presente caso, justificar-se-ia, outrossim, a ausência de licitação pela peculiaridade do contrato. Trata-se de um **package deal**, ou seja, de um negócio complexo, abrangendo vários contratos que incluem a importação de equipamentos, a realização de obras, o financiamento e a assistência técnica, o todo constituindo uma unidade integrada e indivisível. A peculiaridade da hipótese explica, pois, o seu não enquadramento nos casos previstos pelo art. 125 do Decreto-lei n.º 200, que se refere de modo específico aos contratos de compra, obras e serviços, não incluindo formas mais sofisticadas e elaboradas de contratação internacional, como a presente.

21. Não se enquadrando, pois, a situação das consulentes, numa das que legalmente previstas para a incidência imperativa da licitação, a mesma não se impõe, ocorrendo até uma impossibilidade material de concorrência, em virtude das qualidades especiais e da experiência própria que, na matéria, têm as consulentes, constituindo um consórcio de empresas tradings japonesas, sem similar no resto do mundo. A montagem integrada da **trading** é um fenômeno puramente japonês e as empresas que pretendem realizar a obra e o seu financiamento reúnem as maiores companhias de comércio do Japão. Diante da tradição própria e da experiência acumulada das consulentes e do fornecimento integrado de obras, financiamentos e serviços, torna-se inviável, diante da urgência de solução, encontrar uma fórmula integrada que comporte a concorrência.

22. Situação análoga já conheceu a administração brasileira, na vigência do atual texto constitucional, no caso dos Corredores de Exportação, em que a solução adotada pelos órgãos federais foi no sentido de dispensar a licitação, constituindo importante e fecundo precedente administrativo para a presente proposta.

23. A importância da obra para a segurança nacional, a necessidade de realizá-la com a maior rapidez sob pena de ensejar incommensuráveis prejuízos para o País, a integração dos diversos serviços e do fornecimento de mercadorias, dinheiro e “**know how**” justificariam, se fos-

se o caso, a dispensa de licitação com base, respectivamente, nas alíneas b), d) e h) do § 2.º do art. 126 do Decreto-lei n.º 200 e incisos II, IV e VI do art. 8.º do Decreto n.º 73.140/73. Efetivamente, podemos concluir que a obra a ser realizada, nas modalidades previstas pelas consulentes

a) tem importância básica para a própria **segurança nacional** e o desenvolvimento do País (art. 126, § 2.º, “b”, do DL n.º 200 e art. 8.º, II do Decreto n.º 73.140/73);

b) apresenta uma contratação com **empresas titulares de notório “know how” e com profunda especialização**, como ocorre, evidentemente, com as **tradings japonesas** (art. 126, § 2.º, letra “d” do Decreto-lei n.º 200 e art. 8.º, inciso IV do Decreto n.º 73.140/73);

c) exige **urgência**, sob pena de ocorrer um **lucro cessante** para o País, que importa em **dano para a União Federal** (art. 126, § 2.º, letra “h” do Decreto-lei n.º 200 e art. 8.º, inciso VI do Decreto n.º 73.140/73).

24. Acresce que as consulentes pretendem garantir a efetivação das obras, nos prazos contratuais, mediante um **performance bond** que, evidentemente, só podem conceder na medida em que lhes seja dado escolher adequadamente os empreiteiros brasileiros que realizarão as obras do País, sob pena de se exigir garantia em favor de pessoas indeterminadas, o que contraria a letra e o espírito da lei e o próprio bom senso.

25. Em conclusão, podemos responder que:

a) A empresa pública pode realizar contratação de obras e serviços sem licitação prévia;

b) No caso, a existência de um contrato complexo, abrangendo realização de obras, venda de equipamento, assistência técnica e financiamento, um **package deal** integrado, exclui a possi-

bilidade material de ocorrência de licitação, como, aliás, bem decidiu o próprio Governo no caso dos corredores de exportação;

- c) Atendendo-se à urgência da realização da obra, que envolve interesses básicos do desenvolvimento do País e da própria segurança nacional e à especialização das consulentes, neste tipo de trabalho, assim como as garantias gerais a serem dadas, seria dispensável a licitação mesmo se o contrato fosse realizado com entidade da administração direta.

É este o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 5 de agosto de 1974.

RESGATE DE BEM PÚBLICO ESTADUAL ENFITEUTICADO

NILO DAMASCENO FERREIRA

Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER CGE n.º 3030.

Incidência da legislação local que provê sobre a matéria.

A Lei Federal n.º 5.827, de 23.11.1972, modificou o art. 693 do Código Civil, que trata do resgate de aforamentos, dando-lhe esta redação:

“ Todos os aforamentos, inclusive os constituídos anteriormente a este Código, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis dez anos depois de constituídos, mediante pagamento de um laudêmio, que será de dois e meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena, e de dez pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no contrato renunciar ao direito de resgate, nem contrariar as disposições imperativas deste capítulo.”

2. O Banco do Brasil S/A. é titular do terreno onde tem a sede da sua Agência-Central do Estado, situado na esquina formada pela Rua 7 de Setembro e pela Praça Montevideu, nesta Capital, com as extensões, às respectivas frentes, de 31,25 m e 39,53 m. Em face da nova prescrição atribuída ao aludido artigo do Código Civil, tendo interesse no resgate do aforamento, a Direção-Geral da Agência consulta à Secretaria da Fazenda sobre o importe a ser pago para esse fim.

3. Na Diretoria do Patrimônio, o titular presta informação, esclarecendo, depois de referir à existência da Lei Estadual n.º 5.963, de ... 6.2.1970 (cópia de fls. 8-CGE), que autoriza o Poder Executivo a acei-

tar, nas condições que determina, o resgate dos terrenos reservados e acrescidos do Estado, tratar-se de área compreendida nesses bens, transferidos para o patrimônio estadual em decorrência do Decreto Federal n.º 21.235, de 2.4.1932, e cujo aforamento foi outorgado pelo Estado; a área é constituída de quatro terrenos, pagando o Banco do Brasil S/A., a título de foro, ao todo, apenas Cr\$ 9,30

4. Ouvida a extinta Procuradoria-Fiscal da Fazenda, ali emitem-se dois pronunciamentos divergentes:

- a) no primeiro (fls. 11 a 13-CGE), sustenta-se não ser aplicável aos terrenos reservados do Estado e seus acrescidos o Código Civil, porque, com a transferência do domínio desses bens operada pelo mencionado decreto federal, teriam eles passado a reger-se pelo sistema dos terrenos de marinha, consoante os arts. 154 e 110, respectivamente, dos Decretos Estaduais n.ºs 5.539, de 13.3.1934, e 174, de 20.12.40, concluindo-se, no entanto, pela aplicabilidade da Lei Estadual n.º 5.963/70, onde se prevê pagamento de laudêmio à razão de 5% do valor da nova propriedade à data do resgate e ainda de 20 foros, cada qual à proporção de 3% sobre o valor do terreno segundo avaliação a cargo do órgão fazendário estadual;
- b) no segundo (fls. 14 a 15-CGE), do ex-Diretor daquela Procuradoria, mantém-se o ponto de vista da não-aplicabilidade do art. 693 do Código Civil, mas, porque se trataria de matéria pertinente ao Direito Civil e, pois, da competência legislativa privativa da União, ter-se-ia de dar aplicação, não à Lei Estadual n.º 5.963/70, mas à regra do artigo 123 do Decreto-Lei n.º 9.760, de 9.5.1946, do Executivo Federal, cuja disciplina se tornou extensiva às enfiteuses sobre os terrenos reservados e acrescidos dos Estados; o valor do resgate teria de ser, assim, o previsto neste artigo 123 — um e meio laudêmio sobre o valor do domínio pleno e benfeitorias à data da remissão e vinte foros (Por esse Decreto-Lei, cada laudêmio é de 5% — art. 102, § 1.º —, ao passo que o foro corresponde a 0,6 — art. 101 —, ambos sobre o valor do domínio pleno).

5. Diante dessas dissidências, por solicitação do ex-titular da Pasta da Fazenda, o processo vem a esta Consultoria-Geral para parecer, havendo também ocorrido a remessa de outro expediente, de interesse da União Sul Brasileira de Cooperativas, versando sobre matéria idêntica, contendo pareceres dos mesmos prolores e com iguais divergências.

É o relatório.

6. Trata-se, na espécie, dos chamados terrenos reservados e acrescidos cujo domínio, antes pertencente à União, foi transferido para o patrimônio dos Estados-membros por força das disposições do citado Decreto n.º 21.235/32, do Poder Executivo Federal. No caso, os títulos de aforamento foram outorgados pelo Estado (fl. 6-CGE do segundo expediente e informação de fls. 4 a 6-CGE do primeiro). Versa assim sobre bens públicos, embora restrinja-se o direito de Estado ao domínio direto.

7. O Código Civil, no art. 1.º, declara que nele se regulam “os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.” Ensina PONTES DE MIRANDA (“Tratado de Direito Privado”, 3a. ed., tomo I, “Prefácio”, pág. XVIII), a propósito dessa enunciação, que o direito privado é o fundo do direito civil e comercial e que a norma de direito privado somente pode ser invocada se fato jurídico privatístico é elemento do suporte fático de norma de direito público, ou se a regra privatística revela a existência de princípio geral de direito que se tem de revelar no plano do direito público. Neste, portanto, a aplicação da regra de direito privado reveste-se de caráter supletivo, podendo ocorrer para preenchimento de lacunas da ordem jurídica pública. No que se refere à relação de domínio público; professa HELY LOPES MEIRELLES (“Direito Administrativo Brasileiro”, ed. 1964, p. 434):

“O domínio patrimonial do Estado sobre os seus bens é direito de propriedade, mas **direito de propriedade pública**, sujeito a um regime administrativo especial. A esse regime se subordinam todos os bens das pessoas administrativas, assim considerados **bens públicos** e, como tais, **regidos pelo direito público**, embora supletivamente se lhes apliquem

algumas regras de propriedade privada. Mas, advirta-se que as normas civis não regem o domínio público; suprem, apenas, as omissões das leis administrativas." Em particular, no que respeita ao regime enfiteutico do Código Civil, regula-se aí "a enfiteuse de bens particulares, pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas" (CLÓVIS BEVILACQUA, in "Direito das Coisas", p. 291) e isso porque, segundo ORLANDO GOMES ("Direitos Reais", 3.^a ed. p. 431), "tratando-se de aforamento que recai sobre bens públicos, seu estudo pertence ao campo do direito administrativo."

8. O art. 693 do Código Civil contém norma de direito privado, que assegura ao foreiro a faculdade de, decorridos dez anos da constituição do aforamento, obter-lhe o resgate, desde que pagando ao titular do domínio direto os valores referidos na disposição legal em causa. O resgate constitui um dos modos de extinção da enfiteuse, porque acarreta a consolidação da propriedade plena na pessoa do foreiro. Mas não deixa de ser modalidade de alienação, porque, por ele, o domínio direto, do senhorio, passa para o titular dos direitos enfiteuticos. Ora, se o domínio direto é de pessoa jurídica de direito público, esse domínio é de bem público, sujeito à inalienabilidade prevista no próprio Código Civil, no art. 67, resultando daí ser a faculdade de resgatar, assegurada ao foreiro no art. 693, incompatível com a natureza pública da relação patrimonial. Essa faculdade não pode, pois, assistir ao enfiteuta de bem público, porque se opõe ao caráter de inalienabilidade do patrimônio das pessoas de direito público, e isso pelo que decorre do próprio Código Civil.

9. No Estado, legislou-se acerca dos bens que compõem o seu patrimônio, editando-se o Decreto n.º 5.539/34, já mencionado, no qual no art. 154, se estabeleceu que os bens reservados e acrescidos que tinham sido objeto de aforamento por parte da União antes da promulgação do Decreto n.º 22.658, de 20.4.1933 (federal) continuariam regidos pelas leis federais atinentes aos terrenos de marinha, disposição que foi reproduzida pelo Decreto RS n.º 174, de 20.11.1940. Como se vê, o regime da legislação federal tornou-se aplicável em consequência de mandamento contido em lei estadual, e, além disso, somente em relação aos terrenos reservados e acrescidos aforados pela União, o que não é o caso dos autos, já que neles o aforamento foi outorgado pelo Estado.

10. Ora, lendo-se a disposição do art. 1.º da Lei Estadual n.º ... 5.963/70, vê-se que a autorização por ela dada é quanto aos terrenos reservados e acrescidos regidos pelo citado Decreto n.º 5.539/34, isto é, aqueles aforados pelo Estado, pois estes é que se submetem integralmente à lei estadual. É, de fato, nesse sentido o provimento estatuído no art. 1.º dessa Lei, redigido nestes termos:

"É autorizado o Poder Executivo, a seu juízo, aceitar o resgate, pelos respectivos foreiros, dos terrenos reservados e seus acrescidos do Estado do Rio Grande do Sul, **regidos pelo Decreto Estadual n.º 5.539, de 13 de março de 1934**, mediante pagamento integral de vinte (20) pensões anuais, e do laudêmio de 5% (cinco por cento), calculado sobre o valor da nova propriedade à data do resgate." (o grifo é nosso).

11. Com efeito, o próprio Decreto n.º 5.539/34, a que se alude no texto, faz perfeita distinção entre os terrenos reservados que foram enfiteutizados pela União e os que foram transferidos para o patrimônio do Estado na plenitude do domínio.

12. Ademais, ainda referindo-nos ao art. 67 do Código Civil, que estabelece que os bens enunciados no artigo anterior (art. 66, I a III) só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar nos casos e pelo modo que a lei estatuir, a lei de que aí se faz menção é a emanada dos poderes da pessoa jurídica de direito público titular do domínio. Ora, se a esta é que cabe prover segundo o previsto no art. 67 do Código, a ela também cabe estabelecer, no mesmo provimento, as condições e requisitos para o resgate.

13. Restam algumas considerações que nos parecem necessárias ao perfeito esclarecimento do problema. O Decreto-Lei n.º 9.760/46, editado poucos dias antes da promulgação da Constituição Federal daquele ano, e, portanto, ainda na vigência da Carta Constitucional de 1937, provê acerca dos bens da União, não contendo norma pela qual suas disposições se devam aplicar aos bens das demais pessoas jurídicas de direito público. Pela Lei Maior em vigor à época da edição dessa provisão legislativa, competia à União, nos termos do art. 16, inciso XIV, legislar privativamente sobre os bens do domínio federal, além da com-

petência privativa que o mesmo artigo lhe atribuía, no inciso XVI, para prover acerca de matéria de direito civil. Esse discrimine também prevaleceu na Constituição de 1934 (art. 5.º, inciso XIX, letras "a" e "j") e na de 1891 (art. 34, itens 23 e 29). No plano constitucional, fazia-se assim perfeita distinção entre essas matérias, sendo que disso derivava caber aos Estados-membros legislar sobre seus próprios bens. E dúvida não pode haver de que, àquele tempo — o da expedição do Decreto-Lei n.º 9.760/46 —, a União através desse ato legislou no uso de uma competência privativa que a ordem constitucional lhe atribuía, e o fez em relação somente aos seus bens, porque a isso se restringia a sua competência. Não nos parece, portanto, correto afirmar que dito decreto-lei se deva aplicar aos Estados e Municípios pelo fato de conter normas que poderiam ser consideradas de direito financeiro.

14. A competência para legislar sobre matéria de direito financeiro (normas gerais) conferida à União e aos Estados em caráter supletivo e complementar surgiu na Constituição Federal de 1946 (art. 5.º, XV, "b") e foi mantida pela de 1967 (art. 8.º, XVII, "e") e pela atual (art. 8.º, XVII, "c"), sendo que nesta se ampliou essa competência concorrente para estendê-la às normas gerais sobre gestão patrimonial pública. Disso decorre que sobre essa matéria as regras jurídicas, de caráter geral, que forem editadas pelos poderes da União prevalecerão sobre as dos Estados, mas a nova atribuição constitucional de competência não produziu, por si, a revogação das leis locais antes promulgadas. A lei federal que dispuser sobre gestão patrimonial e financeira de natureza pública é que produzirá ou não esse efeito revogatório, conforme o que prescrever.

15. Por fim, se, em qualquer caso, a faculdade assegurada ao foreiro de resgatar o bem aforado é incompatível com a natureza do domínio patrimonial público devido à inalienabilidade dos bens das pessoas administrativas, é preciso ter em conta que fixar o valor a ser pago para o resgate não constitui estabelecer norma geral quer de direito financeiro, quer de direito patrimonial público, do mesmo modo que não consiste nisso o editar regra sobre o quanto de tributo, conforme magistério do mesmo PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967", 1967, tomo II, p. 77).

16. Parece, pois, indubitável se deva, no caso, dar aplicação à Lei Estadual n.º 5.963/70, só podendo ocorrer o resgate se os interessados pagarem os valores nela estipulados. Posto que se trate de percentuais elevados em decorrência das pensões anuais estatuidas, assiste, entretanto, ao órgão fazendário, conceder parcelamento sem **limitação de prazo**, à sua discricionariedade exclusiva (art. 2.º da Lei n.º 5.963/70). O **laudêmio** terá de ser calculado sobre o valor do domínio direto (metade da avaliação do domínio pleno), as pensões sobre esta, ambas devendo recair sobre o terreno e benfeitorias.

É o parecer.

Porto Alegre, 20 de junho de 1975.

READMISSÃO

ALMIRO DO COUTO E SILVA

Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER CGE N.º 3042.

A readmissão não é incompatível com o Ato Complementar n.º 52.

Em diversos expedientes encaminhados à Consultoria-Geral do Estado questiona-se sobre a vigência das normas estaduais que regulam o instituto da readmissão, em face de preceitos federais, notadamente os constantes do Ato Complementar n.º 52 e do Ato Institucional n.º 8.

2. A readmissão é instituto com perfil perfeitamente delineado na tradição do nosso Direito Administrativo, consistindo em uma forma de provimento de cargo público, ao lado da nomeação, da promoção, da transferência, da reintegração, do aproveitamento, da reversão (Estatuto Federal, artigo 11; Estatuto Estadual, artigo 10) e da readaptação (Estatuto Estadual, artigo 10). Define-se como sendo o ato pelo qual o funcionário demitido, sem a cláusula a bem do serviço público, ou exonerado, reingressa no serviço público, sem direito a ressarcimento de prejuízos, assegurada, apenas, a contagem do tempo de serviço anterior, para efeito de aposentadoria (Estatuto Estadual, artigo 54) e disponibilidade (Estatuto Federal, artigo 62, § 1.º).

3. No regime da Constituição de 1946 jamais se discutiu seriamente a legitimidade dessa forma de provimento. E, nos poucos casos em que a matéria foi debatida perante os Tribunais, pronunciaram-se estes pela constitucionalidade do instituto. Exemplicativa dessa orientação é a decisão do STF, proferida no RE n.º 47.755, de Pernambuco, (RT 406/326). Cógitava-se, ali, de funcionária que se exonerara de cargo de carreira para o qual havia sido nomeada mediante concurso, sendo posteriormente readmitida. A readmissão foi impugnada e declarada sem efeito sob o fundamento de que não fora precedida de novo con-

curso, "não podendo prevalecer o que fora prestado vinte anos antes e cujo efeito cessara com a exoneração voluntária da interessada". Impetrado mandado de segurança, o Tribunal de Justiça entendeu que a "exigência de concurso para o provimento de cargo público não se aplica na hipótese de readmissão, mormente quando esta se verifica em cargo anteriormente ocupado, mediante concurso, pelo funcionário readmitido". Levado o caso a exame pelo STF, entendeu aquela Corte, como consta da ementa, que "A característica fundamental da readmissão é a de não ser necessária, para sua realização, a prestação de concurso, dependendo, apenas, de inspeção de saúde para se apurar a capacidade física". É de notar-se que a Constituição de 1946 estabelecia, no art. 186, que "a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde". Posteriormente, ao tempo da Constituição de 1967, a regra do concurso como exigência prévia à nomeação só se excepcionava na hipótese de cargo em comissão. A Emeuda n.º 1, de 1969, atenuou o preceito, assemelhando-o ao que vigorava em 1946, ao estatuir, no art. 97, § 1.º, que "A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei".

Nesses dispositivos constitucionais, por primeira investidura há de se entender, parece óbvio, a nomeação, considerada em sentido técnico.

4. Estão entretanto plenamente vigentes entre nós os preceitos do Ato Complementar n.º 52, cujo art. 1.º tem este enunciado:

" Fica vedada a nomeação, contratação ou admissão de funcionário ou servidor da administração direta ou autárquica dos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive das Secretarias e Serviços Auxiliares dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos Tribunais de Contas, a partir da publicação deste Ato.

§ 1.º — Excetua-se dessa proibição:

I — A nomeação para cargo em comissão ou a designação para função gratificada, criados por lei;

II — A nomeação, por concurso, para cargo ou função do quadro permanente;

III — A contratação ou admissão de pessoal para serviços essenciais nos setores da saúde, ensino e pesquisa, assim como do pessoal auxiliar estritamente necessário à execução desses serviços;

IV — A contratação ou admissão de pessoal para serviços de engenharia, obras e outros de natureza industrial, assim como para serviços braçais;

V — A contratação ou admissão de pessoal para preenchimento de claros resultantes de exoneração, demissão ou dispensa;

VI — A renovação de contratos.

§ 2.º — A nomeação, contratação ou admissão em desacordo com o disposto neste Ato é nula de pleno direito e acarreta a demissão da autoridade e do funcionário que a autorizou ou realizou."

Pretendeu-se tirar, desses dispositivos, a vedação da readmissão como forma de reingresso no serviço público, com o argumento de que a readmissão é simples espécie do gênero nomeação, a qual só é permitida quando precedida de concurso público.

O raciocínio, embora com outra roupagem, não difere do desenvolvido para evidenciar a incompatibilidade da readmissão com a Constituição de 1946. O vício que o torna imprestável está na circunstância de confundir duas formas de provimento absolutamente distintas, e que assim sempre foram tratadas em nosso direito: a nomeação e a readmissão. Na segunda dispensa-se a implementação dos requisitos exigidos para a primeira precisamente por se tratar de reingresso no serviço público; sendo de supor, por conseguinte, que o interessado, quando de sua nomeação, preencheu todas as exigências estabelecidas para essa forma de provimento de cargo público, não tendo qualquer

sentido voltar a impor sua observância no instante da readmissão, como se ele jamais houvesse comprovado sua capacidade ou habilitação para a posição que novamente pretende ocupar.

5. É de ponderar, por outro lado, como já tivemos oportunidade de assinalar, que a menção à nomeação, no texto do Ato Complementar n.º 52, é feita com rigor técnico, não sendo de aceitar-se como alusão genérica e abrangente de qualquer modo de estabelecimento ou restabelecimento de relação de emprego público, já que as expressões “admissão” e “contratação”, ali também referidas, relacionam-se com outras categorias de servidores, sem a qualidade de funcionários (RCGE, ... 1/88). Deve-se, por fim, considerar que o Ato Complementar n.º 52 há de ser interpretado, tanto quanto possível, no sentido de harmonizá-lo com as disposições contidas na Emenda Constitucional n.º 1, atenuando-se, desse modo, eventuais divergências entre a regra de caráter transitório e a de índole permanente. Ora, já foi aqui acentuado que a Emenda Constitucional n.º 1 apenas estatuiu a exigência de concurso para a primeira investidura em cargo público, locução que há de ser entendida como sinônimo de nomeação, em sentido técnico. A desejável sintonia entre um e outro texto, neste particular, só será conseguida caso se interprete a palavra nomeação, constante do Ato Complementar n.º 52, como primeira investidura em cargo público, aliás em estrita consonância com nosso passado constitucional. Na verdade, o concurso, entre nós, sempre foi exigência prévia à primeira investidura em cargo público, ou imposta só aos cargos de carreira, ou aos cargos em geral, sempre excepcionados, porém, os de provimento em comissão.

A Constituição de 1934 tornava-o indispensável à “primeira investidura nos postos de carreira” (art. 170, § 2.º); a de 1937, à “primeira investidura nos cargos de carreira” (art. 156, b); a de 1946 à “primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar” (art. 186); a de 1967 à “nomeação para cargo público” (art. 95, § 1.º), com exceção expressa dos “em comissão, declarados, em lei, de livre nomeação e exoneração” (art. 95, § 2.º); a Emenda n.º 1, de 1969, à “primeira investidura em cargo público”, “salvo os casos indicados em lei” (art. 97, § 1.º).

Se a outros argumentos faltasse força de persuasão, a análise retrospectiva de nossos textos constitucionais parece-me bastante para tornar indiscutível que o requisito do concurso público sempre esteve vinculado à primeira investidura em cargo público (ou seja, à nomeação) não se justificando, portanto, que somente com respeito ao Ato Complementar n.º 52 venha a adotar-se agora outra exegese.

6. Resta examinar a situação do instituto da readmissão face ao Ato Institucional n.º 8, que assim dispõe, no seu art. 1.º:

“ Fica atribuída ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de população superior a duzentos mil habitantes competência para realizar, por decreto, a respectiva reforma administrativa, **observados os princípios fundamentais adotados para a administração federal.**”

O Decreto-Lei n.º 200, que, como se lê em sua ementa, “dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”, declara, no seu art. 113, que integra o capítulo “Das Medidas de Aplicação Imediata”:

“ Revogam-se na data da publicação do presente Decreto-Lei os artigos 62 e 63 da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, e demais disposições legais e regulamentares que regulam as readmissões no Serviço Público Federal.”

É de indagar-se se a regra jurídica federal que extinguiu, no âmbito da União, o instituto da readmissão, tem aplicação automática aos Estados, constituindo princípio fundamental adotado para a administração federal.

Por certo, nem todas as normas constantes do Decreto-Lei n.º 200 caracterizam princípio fundamental de reforma administrativa, a exigir obediência obrigatória por parte dos Estados.

A leitura superficial daquele diploma revela desde logo a existência de preceitos que, por demasiadamente particulares ou por excessivamente adstritos à estrutura administrativa da União, são manifestamente inadequados para integrar os sistemas normativos estaduais.

Resulta, portanto, irrecusável que os Estados, quando cogitassem de estabelecer as regras reguladoras da reforma administrativa, se por um lado, deveriam respeitar as grandes linhas, as diretrizes genéricas ou os princípios básicos que informaram a reforma administrativa federal, por outro, tinham liberdade de dispor quanto a matérias que desbordassem daqueles ditames fundamentais.

A reforma, no plano dos Estados, não necessitava ser, pois, o exato reflexo, a cópia perfeita, a reprodução invariável e fiel da reforma federal.

E assim, realmente, não se interpretou o Ato Institucional n.º 8, efetuando os Estados as suas reformas administrativas sem a adoção servil de todas as disposições federais.

Nessa linha de orientação, ao estabelecer os princípios que norteariam a reforma administrativa, no Rio Grande do Sul, o Decreto n.º 19.801, de 8 de agosto de 1969, não consignou qualquer regra supressiva do instituto da readmissão. Na órbita do Estado entendeu-se, em consequência, que a norma federal, neste particular, não se qualificava como princípio fundamental da reforma administrativa, expressando-se, antes, como preceito de natureza secundária, que os Estados poderiam, ou não, receber.

E na verdade seria dilatar exageradamente a noção de princípio fundamental entender que a essa classe pertenceria preceito extintivo de uma forma de provimento que se funda em ato discricionário da administração, à qual compete examinar livremente a conveniência e a oportunidade da medida, não se gerando para o ex-funcionário nenhum direito subjetivo ao reingresso no serviço público.

Quando muito, o preceito federal poderia ser entendido como simples sugestão ou mera recomendação aos Estados, sem qualquer nota de obrigatoriedade ou cogência.

7 Não foi outra, aliás, a hermenêutica que lhe deu esta Consultoria-Geral do Estado, no Parecer n.º 2703, de 1974, muito embora se acolhesse ali a tese da inconciliabilidade da readmissão com o Ato Complementar n.º 52.

8. As razões expostas induzem estas conclusões:

- a) o instituto da readmissão não é incompatível com o Ato Complementar n.º 52;
- b) a regra que extinguiu, no âmbito federal, o instituto da readmissão, não é de aplicação obrigatória aos Estados;
- c) o ato de readmissão é discricionário, cabendo à administração ajuizar livremente da conveniência e oportunidade da medida.

9. Convém, por último, notar que as considerações aqui expostas não têm pertinência com os cargos do magistério pois, nessa área, desde a Lei n.º 5.751/69, não existe o instituto da readmissão.

Porto Alegre, 3 de julho de 1975.

MARGENS DE RIO DE DOMÍNIO PÚBLICO

MARIO NUNES SOARES

Consultor Jurídico do Estado do
Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3074.

A edificação não licenciada, na faixa correspondente a terrenos reservados, dá lugar à auto-execução promovida pelo titular do domínio do rio e, assim, independente de via judiciária. Inteligência do art. 58, do Código de Águas.

O Senhor Secretário da Fazenda formula consulta a esta Casa, expressa em ofício de que se extrai, "in verbis":

"As obras contra as cheias, ora em andamento na região do Rio dos Sinos, cuja execução está sob a supervisão do DNOS, com recursos dos Governos Federal e Estadual, além de empréstimo externo proveniente da República Federal Alemã, estão a reclamar urgentes providências no sentido da remoção de posseiros localizados em área marginal do Rio dos Sinos, área esta de propriedade do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, como bem se verifica do processo n.º 33.558/75, anexo.

Em razão do exposto, e tendo em mira o relevante aspecto social inerente à conclusão daquelas obras, que deverão proteger cerca de 30.000 famílias, rogo a Vossa Excelência a fineza da determinação das providências cabíveis, tendentes à solução do problema."
É o relatório.

2. A espécie versa caso de **auto-execução** deferida ao poder público. Tal instituto consagra a força própria que tem a administração, em certas hipóteses, para executar atos diretamente, sem a utilização da via judiciária. Tem, na França, a denominação de "privilège du préalable" sendo assim definida entre nós, por CRETELLA JÚNIOR:

"... executoriedade é a faculdade privilegiada que tem a administração de concretizar imediatamente seus próprios atos, inclusive com uso da força, se necessário, independentemente da apreciação prévia do judiciário, traduzida, em concreto, num título." ("Curso", pág. 181)

Deve estar amparada, sem embargo, na lei, anota o eminente jurista e justifica-se plenamente na "urgência, diligência e interesse públicos".

3. O Código de Águas, Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, dispõe em seu art. 58, provendo acerca da tutela dos direitos da administração relativos a bens públicos:

"Art. 58 — A administração pública respectiva, por sua própria força e autoridade, poderá repor incontinenti no seu antigo estado as águas públicas, bem como o seu leito e margem, ocupados por particulares, ou mesmo pelos Estados e Municípios:

a) quando essa ocupação resultar da violação de qualquer lei, regulamento ou ato da administração."

É a hipótese expressamente estatuída em lei, de "privilège du préalable", ou seja, a auto-execução como meio de tutela possessória dos bens do domínio público objetos daquele diploma.

4. A medida justifica-se, quando mais não seja pela diferença que existe entre a vigilância precária que pode exercer a administração em cotejo com o proprietário particular, este atento à intrusão de terceiros, ao lado do que acontece com os bens do domínio do Estado, entidade abstrata, de quem não se pode esperar ou exigir a mesma e pro-

ficua vigilância; afinal, a carência é suprida pela lei que, ao lado de gerar a obrigação de não fazer do particular, e por isso também chamam-se terrenos reservados, provê de forma vigorosa a tutela através da auto-execução.

Quando o particular esbulha nestes casos, por três vezes fere o direito; primeiro, viola o domínio; depois, a lei instituidora do domínio reservado, que não pode ignorar e a qual deve respeito; e, finalmente, constrói sem a devida licença administrativa.

5. Daí a presteza com que tutelou o Código de Águas o domínio público, conferindo a auto-execução para que ocorra a reposição ao "statu quo ante".

E tão severa é a proteção que não concede ação possessória de que se poderia valer o particular, vedando-a o seu art. 60, § 3.º:

"§ 3.º — Não é admissível a ação possessória contra a administração."

Já negava o Digesto **interdito** para quem construísse em lugar público:

"No hagas ni metas nada em lugar público que pueda causarle daño, excepto lo que se haya concedido por una ley, um senadoconsulto, um edicto o um decreto de los principes (pues en este caso) no daré interdicto por lo que (alli) se haya hecho." ("Digesto", 43, 8, 2, Editorial ARANZADI, Tomo III, pág. 388).

A disposição do Código de Águas é de lógica rigorosa, porquanto a viabilidade da ação possessória em defesa do executado é colidente com a auto-execução, tirando-lhe a eficácia.

6. Convém sublinhar que não fica a matéria sonogada ao conhecimento do judiciário, como poderia parecer à primeira vista, pois atribui o mesmo Código de Águas ação ao particular, que contudo restringe-se, em seu objeto, à composição de perdas e danos, conforme reza o § 2.º, do citado art. 60.

Ressalva-se sempre o conhecimento do judiciário, que pode ser chamado a *posteriori* para jurisdicionar, conforme ensina RUY CIRNE LIMA:

“ Executórios ou não-executórios, todos os atos administrativos, no nosso regime político, estão, porém, submetidos sob este último aspecto à censura do Poder Judiciário, embora, quanto aos atos executórios, esta só se exerça a *posteriori*.”

Não há, pois, confundir auto-executoriedade com exclusão de conhecimento pelo poder judiciário de lesão ao direito individual (art. 153, § 4.º, da Constituição Federal), pois esta lesividade pode ser composta em perdas e danos na via judiciária que lhe é assegurada. A apreciação pelo judiciário dá-se, assim, no sentido de que a lesão, se for o caso, se resolva em indenização.

A apreciação da lesão ao direito individual se oferece na ação indenizatória, onde se verificará se houve, ou não, ilegalidade e dano.

7. Aqui se trata de terrenos reservados, segundo se depreende das informações fornecidas, e se reproduz a definição legal para uma exata conferência do consulente quanto a esta matéria de fato:

“ Art. 14 — Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte de terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias.”

Reputados como tais, está o poder público por sua própria força autorizado a proceder a remoção dos prédios, visando a reposição das margens em seu estado anterior, ou seja, desocupadas, para prestar-se à utilização pública.

A lei admite, alternativamente, a opção da via judiciária (art. 59, do Código de Águas), mas a urgência da medida em face ao interesse público aconselha a auto-execução, que está no simples alvitre da autoridade.

EM CONCLUSÃO, pode o Estado providenciar na auto-execução da tutela, através da autoridade encarregada da administração dos bens do domínio público. A Consultoria-Geral não é o órgão investido de competência para promover a medida, somente tendo atribuições consultivas e de procuradoria judicial.

É o parecer, S.M.J.

Porto Alegre, 11 de agosto de 1975.

TERRENOS RESERVADOS E ACRESCIDOS

CELSONO MARTINS COSTA

Consultor Jurídico do Estado do
Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3158.

Domínio dos acrescidos ao terreno marginal adquirido pela Companhia Energia Elétrica Rio-Grandense à Intendência Municipal em 1928.

Negócio de doação da faixa marginal realizado entre o Estado e a Prefeitura com fundamento na Lei .. 2.113, de 16.09.1953.

Conversão contratual.

Efeitos da escritura de desapropriação amigável entre a Companhia Estadual de Energia Elétrica e a Companhia de Energia Elétrica Rio-Grandense.

Conclusões.

Trata o processo, substancialmente, da possível controvérsia entre a PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE e a COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA (CEEE) a respeito do domínio das áreas acrescidas ao terreno alodial, anteriormente adquirido à INTENDÊNCIA MUNICIPAL pela COMPANHIA ENERGIA ELÉTRICA RIO-GRANDENSE, então concessionária dos serviços de luz e gás.

A matéria foi objeto de excelentes pareceres da lavra dos eminentes colegas Drs. SYLEL PIRES FERREIRA, CARLOS MARIA RUSCHEL e ARNO SCHILING, todos pertencentes aos Serviços Jurídicos da CEEE, cujos pronunciamentos se encontram, respectivamente, a fls. 39/43, 44/48 e 107/114.

O processo foi instruído com cópias das escrituras das mutações dominiais que interessam à espécie, com a juntada de cópias xerográficas de textos legais pertinentes e com a exibição de uma planta da situação topográfica do controvertido terreno alodial e de um terreno enfitêutico aforado à CEERG.

Os três referidos pareceres dos Assessores Jurídicos da CEEE chegaram a conclusões, de certa forma, divergentes, eis que cada um deles enfocou o problema por ângulos diversos.

Em razão disso, certamente, o Senhor Presidente da CEEE, reputando a matéria de relevante importância, levou-a ao conhecimento do Senhor Secretário da Secretaria de Energia, Minas e Comunicações, através do Ofício SG-75-616, de 28.05.75, constante de fls. 118/120, no qual, em conclusão, solicita, textualmente, o seguinte sic: "Como se trata de matéria de suma importância para esta Companhia e no afã de dirimir dúvidas que, por ventura, possam surgir quanto ao direito às acessões ao terreno alodial atrás referido, quer quanto às já realizadas, quer quanto às que viessem a crescer ao mesmo, em futuro, vimos solicitar a Vossa Excelência os bons ofícios no sentido de encaminhar este expediente à Consultoria-Geral do Estado, a fim de que seja devidamente examinado e obtenha o douto Parecer do Departamento Jurídico do Estado".

Em atenção a este pedido, o Sr. Secretário da Secretaria de Energia encaminhou o processo a esta Consultoria-Geral para exame e parecer.

É o relatório.

— FATOS DOCUMENTADOS —

2. A discussão do problema recomenda, por imperativo de ordem lógica, o exame dos fatos documentados no processo e a análise de cada um dos pareceres jurídicos já proferidos, cuja referência se encontra no relatório.

Os fatos que interessam ao desate da controvérsia são, fundamentalmente, os seguintes:

Por escritura pública de três de setembro de 1928, a PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE, então INTENDÊNCIA MUNICIPAL, vendeu à COMPANHIA ENERGIA ELÉTRICA RIO-GRANDENSE, à época concessionária dos serviços de luz e gás, entre outros bens, o DOMÍNIO DO TERRENO descrito na cláusula primeira da referida escritura, e o DOMÍNIO ÚTIL do terreno enfitêutico, enunciado na cláusula segunda do mesmo instrumento, cuja cópia se encontra a fls. 93/100, ambos entestando, então, com o Rio Guaíba.

Posteriormente, por escritura de desapropriação amigável, datada de 14 de novembro de 1967, os discutidos terrenos ingressaram no patrimônio da COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA, sendo de notar que nesse documento se faz referência expressa à cessão e transferência "DOS DIREITOS RELATIVOS À ÁREA ACRES-CIDA", decorrente do terreno oriundo do contínuo depósito da escória do carvão queimado pela desapropriada (fls. 10).

3. Em 1953, através da Lei Estadual n.º 2.113, de 16 de setembro, foi o Governo do Estado autorizado a transferir ao Município de Porto Alegre "o domínio pleno dos terrenos reservados e acrescidos na faixa marginal do Rio Guaíba, compreendida entre a Ponta da Cadeia e a Ponta do Melo (local de escoamento do esgoto cloacal da Municipalidade) cumprindo, porém, ao Município o dever de "assegurar proteção de todos os direitos de que sejam titulares enfitêuticos e ocupantes dos terrenos referidos no artigo 1.º, responsabilizando-se integralmente por todos os ônus deles decorrentes" (fl. 35).

Anteriormente, por efeito do Decreto-Lei n.º 271, de 04 de dezembro de 1942 fora o Estado autorizado a transferir à municipalidade de Porto Alegre o domínio pleno dos terrenos reservados e acrescidos na faixa marginal do Rio Guaíba compreendida entre a Ponta do Melo (local de escoamento do esgoto cloacal da Municipalidade) e a Ponta do Dionísio (local do atual trapiche Vila Assunção dos barcos para o Município de Guaíba).

Recapitulando, pela Lei n.º 2.113, de 16.09.1953, foi o Estado AUTORIZADO a transferir o DOMÍNIO PLENO dos terrenos reserva-

dos e acrescidos da Ponta da Cadeia até a Ponta do Melo; pelo Decreto-Lei n.º 271, de 04.12.1942 a autorização referia-se aos reservados e acrescidos da Ponta do Melo até a Ponta do Dionísio.

4. Desde que tais atos legislativos encerram, como conteúdo formal, apenas AUTORIZAÇÃO para a transferência daqueles domínios, impõe-se examinar, ainda no que se refere ao registro dos fatos, a ocorrência, ou não, da execução efetiva da faculdade por eles outorgada ao Poder Executivo.

No que concerne ao Decreto-Lei n.º 271, embora tenha o Dr. Carlos Maria Ruschel (fls. 45) examinado os problemas relativos a sua eficácia, tendo em vista a sua natureza legislativa e executiva, deixaremos de apreciá-lo, de vez que a consulta da Secretaria de Energia cinge-se, apenas, ao domínio dos acrescidos ao terreno alodial referido na cláusula primeira da escritura de fls. 95/100, incluído na área de abrangência da lei permissiva n.º 2.113, já referida.

A mutação dominial facultada pela Lei n.º 2.113 impunha a edição de decreto executivo de transferência, ou a realização de escritura pública devidamente formalizada e transcrita.

Esta formalidade essencial efetivamente ocorreu, como o comprova a escritura lavrada em notas do 4.º Tabelionato desta Cidade em 23.03.1957, ratificada por instrumento de Retificação e Ratificação de 16.12.1957, ambos devidamente registrados no Registro de Imóveis, consoante cópias xerográficas de fls. 54/69 e 60/66.

Tais são os fatos relevantes que estavam a exigir consignação.

— PARECERES JURÍDICOS CONSTANTES DO PROCESSO —

5. Cumpre, agora, analisar cada um dos pareceres jurídicos já emitidos sobre a espécie e que se encontram no processo, conforme o relatado.

Antes de tudo, o pronunciamento do Dr. SYLEL PIRES FERREIRA (fls. 39/43).

Restringe-se o parecer ao problema relativo ao terreno cujo DOMÍNIO PLENO fora adquirido pela antiga concessionária de luz e gás à Intendência Municipal, descrito na cláusula 1.ª da Escritura de fls. 93/100.

No que tange aos acréscimos àquele imóvel, decorrentes dos depósitos da escória de carvão, feitos pela COMPANHIA ENERGIA ELÉTRICA RIO-GRANDENSE, numa extensão de 2.304,8.000 m² (dois mil, trezentos e quatro metros e oito mil milésimos quadrados), conclui o parecer que **não há “domínio a regularizar em favor da CEEE” e nem qualquer direito desta oponível à Municipalidade.**

Em razão disso sugere, afinal, como única providência cabível, entendimentos entre a CEEE e a Prefeitura, objetivando obter, via legislativa, a transferência do domínio dos acrescidos para a empresa estadual ora consulente.

Na fundamentação do seu pronunciamento, o eminente autor do parecer invoca o art. 5.º, da Constituição Federal para concluir, daí, que o Rio Guaíba é bem pertencente ao Estado.

Alude, outrossim, à regra do artigo 585 do Código Civil, para afirmar que os acréscimos formados por depósitos e aterros NATURAIS em rios navegáveis pertencem aos donos dos terrenos marginais.

Entretanto, dando-se conta de que a espécie cogita de ACRESCIDOS ARTIFICIAIS e não de ATERROS NATURAIS, o parecer sob análise vale-se da norma do § 1.º, do artigo 16 do Código de Águas (Decreto-Lei 24.643, de 10.06.34), nestes termos-sic:

“ § 1.º — Os acréscimos que por aluvião ou artificialmente, se produzirem nas águas públicas ou dominicais, SÃO PÚBLICOS DOMINICAIS, se não estiverem destinados ao uso comum, ou se por algum título legítimo não forem do domínio particular.”

Sob a inspiração do preceito legal transcrito, o parecer chega a seguinte e textual conclusão-sic.

“A espécie examinada, constitui ALUVIÃO artificialmente formado em bem dominical e, de conseguinte, incluído ainda no domínio público, a vista da regra legal antes indicada.

E os bens públicos são insuscetíveis de aquisição pela prescrição de uso (art. 67 e 69 do Código Civil).”

Em outro tópico, ainda mais incisivo-sic.

“ Situada, pois, a questão de ser dominical a área subfluvial aterrada ARTIFICIALMENTE pela então vendedora a esta Companhia, se tem que a ALUVIÃO assim produzida, também é dominical.” (fl. 42)

Em resumo, esse foi o parecer do Dr. SYLEL PIRES FERREIRA que, de resto, foi integralmente acolhido no pronunciamento do Dr. CARLOS MARIA RUSCHEL relativamente ao mérito da controvérsia.

Sem embargo de ter manifestado a sua concordância com o entendimento do Dr. SYLEL PIRES FERREIRA, o Dr. CARLOS MARIA RUSCHEL suscitou a questão de ainda não se ter efetivado a transferência, para o Município, da faixa marginal, reservados e acrescidos, situada entre a Ponta da Cadeia e a Ponta do Melo, SIMPLESMENTE AUTORIZADA pela Lei n.º 2.113, de 16.09.1953.

Essa suposição, todavia, foi desfeita pelo parecer do Dr. ARNO SCHILING (fls. 107/114), mercê do exame das escrituras exibidas por cópia a fls. 54/59 e 60/66.

Resta, por fim, analisar o ponto de vista do Dr. ARNO SCHILING, cujas conclusões são diametralmente opostas às dos seus colegas anteriormente referidos, eis que entende ele ter a CEEE, in fine “DOIS VALORES PATRIMONIAIS DISTINTOS A DEFENDER, QUANTO A ESSES TERRENOS ACRESCIDOS, A SABER:

a) — A OCUPAÇÃO COM DIREITO DE PREFERÊNCIA AO AFO-
RAMENTO OU ENFITEUSE.

b) — DIREITO A INDENIZAÇÃO PELA REALIZAÇÃO DO
ATERRO”.

Fundamenta-se o parecer do Dr. ARNO SCHILING no artigo 1.º e § único do Decreto Federal n.º 21.234, de 02.04.1932 que assegura aos Estados o domínio dos aterros marginais a acrescidos naturalmente dos rios navegáveis que correm em seus territórios, bem como dos rios que, embora não navegáveis, caudais e sempre corredios, contribuem com suas águas para tornar outras navegáveis.

Vale-se, também, o mesmo parecer do disposto no artigo 11, inciso 2.º, no artigo 14, artigo 16, §§ 1.º e 2.º e no artigo 31, do Decreto Federal n.º 24.643, de 10.07.1934 (Código de Águas).

A lógica do pronunciamento sob exame reside, certamente, nos seguintes tópicos: “O domínio dos Estados sobre os rios navegáveis que correm em seus territórios e sobre as margens dos rios e lagos navegáveis, quanto a estas se por algum título não fossem do domínio federal, municipal ou particular cancelou-o a Constituição Federal de 1934, artigo 21, confirmada pela Lei Magna de 1969, artigo 5.º, no que tange aos lagos em terrenos do domínio estadual e aos rios que no território estadual têm nascente e foz”.

“A matéria relativa ao domínio dos TERRENOS RESERVADOS à margem dos rios públicos e estaduais e respectivos acrescidos, naturais ou artificiais, continua regida pelas disposições do Código de Águas (arts. 11, § 2.º e 16, com seus §§)”, (fls. 110).

Assim, produzidos os acrescidos antes do Código de Águas, se teriam incorporado, por acessão, definitiva e irretorquivelmente, ao patrimônio da antiga concessionária, escapando da incidência eficazional daquele Código.

Tanto mais se robustece esse entendimento quando é certo que, segundo o parecer, o próprio “Código de Águas, no § 1.º do artigo 16,

ao classificar como bens públicos dominicais os terrenos acrescidos artificialmente, ressalva aqueles que por algum título legítimo forem do domínio particular" (fl. 111).

No que respeita aos acrescidos que se realizaram sob a eficácia do Código de Águas, entende o parecer serem os mesmos, consequentemente, bens dominicais do Estado que, por obra e graça da Lei Estadual n.º 2113, de 19.09.1953 foram, posteriormente transferidos ao domínio municipal.

Tais são, em resumo, os pareceres que se encontram no processo.

— NATUREZA JURÍDICA DOS TERRENOS RESERVADOS —

6. O problema central da controvérsia está no exame da discutida matéria a respeito do DOMÍNIO PÚBLICO ESTADUAL sobre os chamados terrenos reservados e acrescidos.

Antes de mais nada, impõe-se, por certo, o estudo sistemático da legislação e da doutrina que, no país, têm regido o tema de que se cuida.

Parece lógico, como introdução, discernir os conceitos de terrenos de marinha e terrenos reservados.

O Decreto Imperial n.º 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, tratou de consolidar esparsas e antigas regras vigentes já no período colonial, dispondo nos §§ 1 a 4, de seu artigo 1.º — sic:

“ § 1.º — São terrenos de marinha todos os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, vão até a distância de 15 braças craveiras (33 metros) para a parte da terra, contadas desde o ponto a que chega o preamar médio.

§ 2.º — São terrenos reservados para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, todos os que, banhados pelas águas dos ditos rios,

fora do alcance das marés, vão até a distância de 7 braças craveiras (15 metros), para a parte da terra, contadas desde o ponto médio das enchentes ordinárias.

§ 3.º — São terrenos acrescidos todos os que, natural ou artificialmente, se tiverem formado ou formarem, além do ponto determinado nos §§ 1.º e 2.º para a parte do mar ou das águas dos rios.

§ 4.º — O limite que separa o domínio marítimo do domínio fluvial, para o efeito de medirem-se e demarcarem-se 15 ou 7 braças, conforme os terrenos estiverem dentro ou fora do alcance das marés, será indicado pelo ponto onde as águas deixarem de ser salgadas, de um modo sensível, ou não houver depósitos marinhos, ou outro qualquer fato geológico, que prove a ação poderosa do mar.”

Anteriormente, já em 1867, a Lei n.º 1.507, de 26 de setembro, havia assim regido-sic:

“ Art. 39 — Fica reservada para a **SERVIDÃO PÚBLICA**, nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem navegáveis, fora do alcance das marés, salvas as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei, a zona de 7 braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior, e o Governo **autorizado a concedê-las em lotes razoáveis**, na forma das disposições sobre terrenos de marinha.”

Desses preceitos, percebe-se que sempre se entendeu que os “reservados” configuravam meras **SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS OU PÚBLICAS** impostas a propriedades **particulares marginais** aos rios navegáveis.

A mesma conotação, sem dúvida, foi adotada pelo Código de Águas (Decreto Federal n.º 24.643, de 10.07.1934), muito embora, como registra **HELY LOPES MEIRELLES**, por via de redação defeituosa - sic:

“ A defeituosa redação dos parágrafos dos artigos 11 a 16 do Código de Águas, reproduzindo a péssima linguagem do

art. 39 da Lei Imperial n.º 1507, de 26 de setembro de 1867, é que gerou a confusão entre domínio público e servidão pública uma vez que o Legislador do Império, pouco afeito à técnica do direito público, confundiu propriedade pública ou administrativa, levando o intérprete a equivocar-se na conceituação das TERRAS PÚBLICAS e dos TERRENOS RESERVADOS PARA SERVIÇOS PÚBLICOS, como demonstraremos a seguir:

TERRENOS RESERVADOS SÃO AS FAIXAS DE TERRAS PARTICULARES MARGINAIS DOS RIOS, lagos e canais públicos, na largura de 15m, oneradas com a servidão de trânsito, instituída pelo art. 39 da Lei Imperial de 1507, de 26 de setembro de 1867, revigorada pelos artigos 11, 12 e 14 do Decreto Federal n.º 24.643 de 10 de julho de 1934 Código de Águas.

Essa servidão, como toda servidão, É ÔNUS REAL SOBRE A PROPRIEDADE ALHEIA.

Tratando-se, como se trata, de uma servidão pública ou administrativa, destina-se unicamente a possibilitar a realização de obras ou serviços públicos pela Administração, no interesse da melhor utilização das águas, do aproveitamento de suas riquezas e do seu policiamento, a exemplo das servidões de HALAGE E DE MARCHEPIED do direito francês, onde o nosso legislador se inspirou” (Direito Administrativo Brasileiro — 2a. Edição — Editora Revista dos Tribunais Ltda. — pág. 455).

Não é diverso o entendimento de THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, nestes termos — sic:

“ Todas as nossas leis fixam uma faixa à margem dos rios públicos, destinada à **servidão pública**.

São esses terrenos aqueles banhados pelas águas dos ditos rios, fora do alcance dos mares, vão até a distância de 15 metros para a parte da terra, contadas desde o ponto médio

das enchentes ordinárias” (Tratado de Direito Administrativo — Vol. V, Ed. Livraria Freitas Bastos — 1950, pág. 282).

É verdade que, necessariamente, os terrenos marginais não estarão sempre no domínio privado. Tudo depende, como preleciona PONTES DE MIRANDA, do exame do título constitutivo do domínio — sic:

“ Quanto às margens dos rios, lagos ou lagoas navegáveis, ou são bens públicos de uso comum, ou são bens públicos dominicais, ou pertencem a particulares.

O critério para se verificar se a margem é particular é o do exame do título (Tratado de Direito Privado — vol. I — pág. 167, § 156).

Quando os terrenos marginais não pertencerem, por qualquer título, ao domínio privado, pertencerão, “a fortiori” do Código de Águas, ao domínio público Federal, Estadual ou Municipal.

Entretanto, ainda nesta hipótese — de domínio público — sobre eles há de incidir um certo sentido de limitação que, tradicionalmente, se consubstancia naquela idéia de **servidão**.

Claro está que se a margem for do Estado, v.g., não se poderá falar de **servidão pública estadual** sobre os reservados.

Não obstante, a mesma idéia de limitação dominical, há de presidir para determinar, na expressão de PONTES DE MIRANDA, uma “**limitação do direito de propriedade pública**” — sic:

“ Sendo do domínio público, sem ser de uso comum, ainda assim só têm a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, o Território ou o Município, conforme a titularidade, **o direito de trânsito** para os agentes da administração pública, quando em execução de serviço. **Titular de tal direito é o titular do direito sobre o rio ou lago navegável**”. (Obra e Volume citados — pág. 167, § 156).

.....

“ O que o Decreto n.º 24.643 estabeleceu foi que, os terrenos que não sejam particulares, nem de uso comum do povo, **a entidade de direito público somente tem direito de trânsito para os seus agentes, se em serviço, o que constitui limitação do direito de propriedade pública**” (Obra citada, pág. 168).

De todo o exposto, imperioso é concluir que a expressão “TERRENOS RESERVADOS” não conduz à axiomática conclusão de que se trata de imóveis pertencentes ao pleno domínio público, mas ao revés, conduz à idéia de um **direito real limitado** do Poder Público (no caso do Estado) que se expressa, ou na existência de uma servidão administrativa incidente sobre o terreno marginal do domínio privado, ou na ocorrência de uma limitação à própria propriedade pública, quando o imóvel ribeirinho for bem dominical do Estado.

Importante registrar, porém, que esse **ônus real** (terrenos reservados), cuja expressão jurídica ora assume a forma de uma limitação ao domínio público dominical, ora a de servidão administrativa, permanece sempre e necessariamente vinculado ao curso d'água, incorporando-se, por consequência, na titularidade de quem exerce o domínio da corrente, tal qual o fenômeno das obrigações ambulatorias, estabelecidas **propter rem**.

Importa isso em sustentar que o Estado, enquanto detiver o domínio do rio, não pode despojar-se daquele ônus real que permanece incidindo sobre a faixa dos reservados, sem embargo da alienação do terreno ribeirinho sobre o qual incide o discutido ônus.

No particular preside, como é intuitivo, a idéia da **afetação dos terrenos reservados à própria afetação pública das águas**.

É verdade que o uso dos terrenos reservados (na sua extensão física) e até o seu próprio domínio podem ser cedidos, mas jamais o poderá ser **o ônus real sobre eles aderente e submisso ao caráter dominante do domínio do rio navegável**.

Nem é outra, de resto, a lição que se infere do seguinte tópico do aresto do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido nos autos dos Embargos Infringentes n.º 151.894, publicado na RDP 3/256, em 1968 — Sic:

“ Ademais, é de observar-se, repita-se, que a legislação pátria jamais previu a venda de tais bens, mas, apenas, o seu aforamento, feito sempre com a ressalva de que não ficaram prejudicados os interesses pelos quais tais terrenos receberam fim especial, ou sejam, terrenos de marinha e terrenos reservados para a defesa nacional ou para polícia e aproveitamento das águas, e nos moldes previstos por legislação própria, em atenção à natureza peculiar de ditos bens. Esse é o direito brasileiro. Essa é a letra expressa dos nossos textos. Isso, que se disse, é a literal disposição da lei.”

7. Fixadas essas idéias fundamentais no que respeita à natureza e ao sentido dos chamados terrenos reservados, impõe-se, agora, a análise do destino dos seus respectivos acréscidos.

No particular, predomina, como é de conhecimento comum, a regra de que o acessório segue o principal, princípio, aliás do qual decorre a **acessão**, como modalidade de aquisição do domínio.

Relativamente aos terrenos marginais, são considerados acréscidos não só aqueles aterros decorrentes de aluvião ou de avulsão, mas, também, os produzidos artificialmente.

Nesse ponto, aliás, o Código de Águas, sem revogar o preceito do artigo 536 do Código Civil, inovou-o, equiparando a aluvião os acréscimos artificiais.

De tal sorte, na sistemática do Código de Águas, tanto **constituem acessão aos terrenos marginais** os acréscimos oriundos de aluvião, como os produzidos artificialmente.

Claro está, por conseguinte, que, sendo particular o imóvel ribeirinho, igual destino seguirá o acréscido; sendo público o terreno marginal, público também será o acréscido.

A própria idéia de acessão não admite conclusão diversa.

A respeito é expressa a regra do § 1.º do artigo 16 do Código de Águas — sic:

“ Art. 16, § 1.º — Os acréscimos que por aluvião, ou artificialmente, se produzirem nas águas públicas dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou se por algum título legítimo não forem do domínio particular.

Evidentemente, a aquisição do acrescido pelo particular ou pelo Estado em nada pode comprometer a integral subsistência da faixa reservada (servidão ou domínio público limitado). (Art. 17 do Código de Águas).

8. Tais premissas autorizam concluir que a CIA. ENERGIA ELÉTRICA RIO-GRANDENSE, como titular do domínio pleno do terreno alodial descrito na cláusula 1a. da escritura de fls. 93/100 adquirido por compra e venda, em 1928, à Intendência Municipal, incorporou, também, ao seu patrimônio os acrescidos que acederam ao seu terreno marginal, em virtude do depósito contínuo dos resíduos de carvão.

Semelhante incorporação deu-se independentemente de qualquer instrumento sujeito à transcrição, eis que emanou de simples acessão.

Essa circunstância exclue, para logo, qualquer idéia de domínio pleno, ou limitado, do Estado sobre os questionados acrescidos.

— CRÍTICA AO NEGÓCIO DE DOAÇÃO REALIZADO ENTRE O ESTADO E A PREFEITURA —

9. A assertiva conduz à afirmação fatal de que a doação feita pelo Estado, em 1953, ao Município se ressentia de manifesta insanidade, ou, pelo menos, de flagrante ineficácia.

Realmente, ao fazer a doação, o Estado dispôs de um **domínio pleno** que não titulava e que nem mesmo limitado lhe competia, por

encontrar-se incorporado ao patrimônio particular da antiga concessionária de luz e gás, embora com a limitação de **servidão administrativa na faixa reservada**.

Ainda que se tenha como certa a tese de que os terrenos marginais são, como regra geral, bens do domínio público, o inquestionável é, todavia, que, excepcionalmente, eles podem pertencer ao domínio particular e que, em qualquer das duas (2) hipóteses — na regra geral ou na exceção — sobre eles recai uma limitação, um ônus real que se equaciona no próprio conceito de terrenos reservados, correspondentes àquela faixa de 15 metros legalmente estabelecida.

Ora, no caso sob exame, a situação fática correspondia sem dúvida, à hipótese excepcional, eis que a então Cia. Energia Elétrica Rio-Grandense detinha o domínio do terreno alodial ribeirinho de que se trata.

Forçoso é concluir, pois, que a aquisição dos acrescidos pelo **accessio** operou-se, também, excepcionalmente, em seu favor.

Tanto isso é exato, que a Cia. Estadual de Energia Elétrica, órgão da administração indireta do próprio Estado, desapropriou em 1967, o terreno alodial e os direitos incidentes sobre os questionados acrescidos.

É, realmente, difícil conciliar essa circunstância com os termos da escritura de doação (fl. 55), firmada em 1953, entre o Estado e a Prefeitura, com a seguinte e incisiva redação — sic:

“ ... Estado do Rio Grande do Sul, pelo seu representante legal, me foi dito que, pela presente escritura transferia, como de fato ora transferido tem, nos termos da Lei 2.113, de dezesseis de setembro de mil novecentos e cinquenta e três ao Município de Porto Alegre, a título gratuito, o **domínio pleno**, dos **terrenos reservados** e acrescidos na faixa marginal do Rio Guaíba, compreendida entre a Ponta da Cadeia e a Ponta do Melo (local de escoamento do esgoto cloacal da municipalidade, cuja área a ser acrescida com o aterro da Praia de Belas tem as seguintes confrontações ...”

Após minuciosa descrição dos limites da área doada, a escritura faz referência expressa às áreas que o Estado reservou para si, com destinação específica, delas não constando, ao que parece, o imóvel da CIA. ENERGIA ELÉTRICA RIO-GRANDENSE, posteriormente desapropriado pela CEEE.

Finalmente, ressalva-se, no discutido instrumento, a natureza pública de uso comum da faixa marginal, que vier a resultar dos aterros a serem feitos pela Prefeitura.

10. No pressuposto de que o terreno alodial e os respectivos acréscidos pertencentes a CIA. ENERGIA ELÉTRICA RIO-GRANDENSE foram incluídos na doação, forçoso é concluir como foi dito, que nesta parte é insano o negócio realizado com a Prefeitura.

O Estado não poderia, com efeito, doar o que não lhe pertencia.

Entretanto, há que distinguir, nessa situação jurídica defeituosa, duas circunstâncias relevantes:

A situação dos acréscidos e a situação dos reservados.

No que se refere aos primeiros a invalidade é total e fatal, não comportando sequer a terapêutica da conversão contratual.

No que respeita aos segundos — os reservados — impõe-se não perder de vista o seu protraimento, o seu deslocamento, conseqüente ao surgimento dos acréscidos.

“A fortiori” do princípio que se extrai da regra do artigo 17 do Código de Águas e em razão da sua própria natureza conceitual, os reservados se mantêm, permanentemente, na faixa marginal de 15 metros do curso d'água. De tal sorte, se a margem externa avançar sobre o leito do rio, os reservados acompanharão a projeção, em ordem a permanecerem sempre naquela faixa de 15 metros da margem interna, ao nível médio das enchentes ordinárias.

Assim, no caso do terreno alodial de que se trata, o alinhamento dos reservados deslocou-se de sua primitiva posição, para incidir sobre a parte dos acréscidos, ao mesmo acedidos em razão dos contínuos depósitos da escória de carvão.

Aceitos os pressupostos acima fixados, é inevitável concluir que, no caso concreto, a natureza dos reservados era e é de autêntica **servidão pública**, onerando os acréscidos pertencentes, por acessão, ao domínio particular da antiga concessionária de luz e gás, e hoje da CEEE.

A partir dessa conclusão, forçoso é admitir que o Estado não poderia, como não pode, transferir à Prefeitura o **domínio pleno** daqueles reservados, eis que sobre eles apenas titulava o direito real de servidão administrativa.

Isso conduz a afirmar que também se ressentia de invalidade o ato de transferência do **domínio pleno** dos reservados, formalizado através da escritura de fls. 53/85, ratificada a fls. 59/64.

Aliás, quando não fosse por esse motivo, seria possível, como é, questionar-se a legitimidade da **doação** não só em razão da própria natureza e destinação dos reservados, como também, em virtude do preceito expresso no § 1.º do artigo 11, do Código de Águas, assim redigido — **sic**:

“ Art. 11, § 1.º — Os terrenos que estão em causa serão **concedidos** na forma da legislação especial sobre a matéria.”

Claro está que, tecnicamente, são inequívocos os sentidos próprios da **concessão** e da **doação**.

A doação é contrato de direito privado que se caracteriza por sua **unilateralidade** e por sua natural liberalidade, embora esta última característica não seja essencial à sua natureza jurídica.

A concessão, conforme o magistério de JOSÉ CRETILLA JUNIOR, trata “de outorga de direitos especiais de utilização sobre depen-

dências do domínio público” (Dos Bens Públicos — pág. 76, § 50, 1. Ed. São Paulo, Saraiva 1969), cuja natureza é de ato bilateral, oneroso, comutativo e *intuitu personae*.

Admitindo-se que, no caso concreto, o Estado detivesse o domínio dos reservados em questão, a sua transferência só se legitimaria através de ato de concessão (concessão de uso, ou aforamento) jamais por doação.

Entretanto, no caso especial dos reservados, seria possível contornar aquela insanidade, por via dos efeitos da chamada conversão dos atos jurídicos.

A conversão, como é sabido, não é propriamente uma modalidade de sanção de negócios inválidos, mas constitui uma maneira técnica de aproveitamento jurídico daqueles atos defeituosos que não comportam convalhecimento.

Trata-se — na conversão — de promover a metamorfose do ato defeituoso, em ordem a transformá-lo em outro de natureza distinta, a respeito do qual sejam inoperantes os defeitos que invalidam o negócio convertido.

Pela conversão, a natureza do ato sucedâneo substitui a natureza defeituosa do ato convertido.

Entretanto, para isso é necessário que os defeitos comprometedores do negócio convertido não possam afetar a validade do negócio sucedâneo e, ainda, mais, é indispensável que o primeiro, apesar de suas deficiências preencha, desde logo, todos os requisitos e pressupostos de validade e eficácia do segundo.

Eis o que, a propósito, preleciona JOSÉ CRETELLA JUNIOR — *sic*:

“... conversão é o termo técnico que designa não só o processo mediante o qual se procura reaproveitar os elementos deficitários de um outro ato para, depois de tratados, com eles compor um novo ato...”

“Diferentemente do que ocorre na reforma, quando se conserva a figura jurídica do ato, pela conversão desfigura-se o ato, porque com as peças aproveitáveis se procede a nova estruturação, que assegura direitos diversos dos que emanariam, caso a primitiva figura tivesse eficácia por agrupar integros seus elementos constitutivos.” (Tratado de Direito Administrativo — Ed. Forense, Vol. III — pág. 330).

E, em outro tópico, mais incisivo — *sic*:

“Rigorosamente, mediante a conversão não se transforma ato inválido em ato válido, porque, se assim fosse, teríamos, no caso do ato nulo, a ressurreição de ato que, pelos fins que tem em mira, não existe para o direito. Na realidade, o que ocorre na conversão é a substituição de ato inválido por ato válido, assegurando-se desse modo uma outra base aos efeitos, aos quais o primeiro visava. Só quanto aos efeitos, pois, é que se prestigia o ato inválido”. (obra citada pág. 231)

A doutrina, a esse respeito, é pacífica, tanto no campo do direito público, como na esfera do direito privado.

De tal sorte, constituindo a faixa dos reservados, no caso concreto, um direito real limitado do Estado, com a natureza de uma servidão seria perfeitamente viável a conversão do ato de doação do domínio pleno dos reservados (inválido e ineficaz) em ato de concessão de uso, daquela servidão, de acordo com a regra permissiva do artigo 11, § 1.º do Código de Águas, sem prejuízo, porém, de interesse público estadual, decorrente do domínio das águas do rio, principalmente considerando que a própria escritura, ora impugnada, destina, *re ipsa*, ao uso comum — *sic* “uma faixa de praia que surgirá em consequência do aterro” (fl. 57) a ser realizado pela Prefeitura.

EFEITOS DA ESCRITURA DE DESAPROPRIAÇÃO AMIGAVEL — SITUAÇÃO DA CEEE.

11. Certo, como está, que a doação questionada é insanavelmente inválida e ineficaz no que respeita aos acrescidos e conversível no que

tange aos reservados, impõe-se, agora, o exame da possível colisão de efeitos entre a escritura de doação de 1953, firmada pelo Estado e pela Prefeitura e a desapropriação amigável operada em 1967 pela CEEE, órgão da administração indireta estadual, relativo ao terreno alodial cogitado neste processo.

Impõe-se, inicialmente, a fixação de alguns dados relevantes: a) a escritura de doação, ocorrida em 1953, envolve ato translativo de domínio, cuja perfeição eficaz depende de transcrição no Registro de Imóveis, formalidade que, no caso concreto, foi ultimada; b) na desapropriação amigável ou judicial, não há transferência de domínio, mas apenas, extinção do domínio primitivo e simultâneo surgimento **ex novo**, do domínio do expropriante. Este novo domínio é originário e independe da transcrição de qualquer ato para constituir-se, eis que decorre, tão só, da declaração de utilidade pública (ou interesse social) e do pagamento prévio do preço justo.

A propósito, são fartos os ensinamentos doutrinários e as decisões dos nossos mais altos Tribunais. O registro da escritura ou da sentença de desapropriação objetiva unicamente manter a continuidade do registro da propriedade imobiliária e proporcionar maior segurança jurídica aos negócios sobre imóveis, através da publicidade decorrente do registro.

Ao desapropriar, pois, o terreno alodial e acrescidos, sobre os quais incidia a faixa dos reservados, a CEEE adquiriu o respectivo domínio, independentemente de qualquer transcrição da escritura de expropriação.

Entretanto, o negócio realizado entre o Estado e a Prefeitura, (doação) embora nulo substancialmente, foi transcrito formalmente no Registro de Imóveis.

Essa circunstância, embora não seja, na realidade, obstativa da aquisição do questionado domínio pela CEEE, cria embaraços à regularização do mesmo no Registro próprio, prejudicando o conhecimento por terceiros, da continuidade daquele mesmo domínio. A situação de propriedade aparente, gerada pelo registro da doação, pode em tese, dar ensejo a direitos a eventuais terceiros de boa-fé.

A situação irregular gerada pela transcrição da doação inválida deve ser corrigida. A rigor, caberia à CEEE o direito de promover judicialmente a declaração da invalidade do referido ato e o conseqüente cancelamento do registro. Esta drástica solução, obviamente, não é recomendável no presente caso. As circunstâncias que envolvem a espécie estão a recomendar o desate do impasse por forma compatível com a autoridade e relevância das entidades intervenientes.

Sem dúvida, a CEEE, como desapropriante do imóvel primitivamente de propriedade da Companhia Energia Elétrica Rio-Grandense, tem direito a recompor o seu patrimônio ofendido pela doação feita à Prefeitura.

Esse direito é de natureza real, eis que a invalidade total da doação em nada prejudica os efeitos reais da desapropriação procedida pela CEEE.

Embora essa índole real daquele direito fosse de natureza a assegurar à desapropriante (CEEE) ação reivindicatória, estamos convencidos de que o problema merece solução, apenas, na área do direito pessoal, mediante a satisfação de uma correspondente compensação à CEEE. Recompuesto o patrimônio da referida empresa seria, então, possível acertar os interesses da Prefeitura e consolidar definitivamente a situação jurídica com respeito aos acrescidos e reservados do imóvel alodial de que se trata.

— C O N C L U S Õ E S —

Diante do exposto e atentos aos termos da consulta entendemos:

- a) Os acrescidos ao terreno alodial de que trata a consulta se incorporaram, por acessão, ao domínio da Companhia Energia Elétrica Rio-Grandense e, posteriormente, passaram ao domínio da CEEE, por via de desapropriação amigável;
- b) Os terrenos reservados, marginais aos rios públicos estaduais, numa faixa de 15 metros, têm natureza de servidão pública ou

de domínio público limitado e a sua utilização por terceiros não pode ser objeto de doação, mas, apenas, de concessão de uso ou de aforamento;

- c) A doação dos acrescidos ao terreno alodial feita pelo Estado à Prefeitura, foi realizada a "non domino", e, por consequência, se reveste de total insanidade e ineficácia;
- d) A doação dos reservados, no caso concreto, padece do mesmo mal, eis que o Estado dispôs de um domínio pleno que não lhe competia, além de ter transferido a utilização da faixa reservada por forma estranha à autorizada pelo § 1.º do artigo 11 do Código de Águas;
- e) A transcrição da escritura de doação feita à Prefeitura não elide o domínio da CEEE obtido em 1967 por via de desapropriação amigável, embora esta não tenha sido registrada;
- f) A CEEE tem direito a recompor o seu patrimônio, seja por meio da reivindicação da área doada à Prefeitura, seja através de solução pecuniária;
- g) A invalidade da doação no que se refere à faixa reservada pode ser sanada por conversão do negócio de doação em ato de concessão de uso, ou aforamento;
- h) A eventual transação com a CEEE relativamente aos acrescidos ensejará a consolidação da situação jurídica da Prefeitura relativamente aos mesmos.

É o nosso parecer.

Porto Alegre, 6 de novembro de 1975.

CÔMPUTO DAS FÉRIAS DO CONTRATADO

JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS

Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul.

PARECER CGE N.º 3268

CONTRATADO.

Exclusão do sábado, como dia útil, para o cômputo das férias.

Regime jurídico dos empregados que trabalham cinco dias por semana, para efeito de férias.

Divergências jurisprudenciais.

Obediência ao princípio da hierarquia das leis.

O Senhor Diretor-Presidente da Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul encaminha consulta a esta Repartição acerca da contagem ou não do sábado como dia útil, para efeito do cálculo de período de férias dos empregados naquela empresa de economia mista.

Esclarecido fica que o pessoal da Companhia é regido pela CLT, e que trabalha num regime de 44 horas semanais, de segunda a sexta-feira, isto é, compensando a jornada de sábado, "com acréscimo de horário durante a semana".

Compulsando a legislação e a jurisprudência a respeito, depa-rou-se aquele órgão com divergências, cujo esclarecimento solicita a esta Consultoria-Geral.

Até aqui o relatório.

Efetivamente, deparamos com disposições contraditórias, tanto no terreno normativo quanto no campo jurisprudencial.

Assim, o Decreto-lei n.º 1.031, de 21 de outubro de 1969, introduziu o § 2.º ao art. 132 da Consolidação das Leis do Trabalho, dizendo:

“O sábado não será considerado dia útil para efeito de férias dos empregados que trabalhem em regime de cinco dias por semana”.

Posteriormente, a Portaria MTPS n.º 3.751, de 30 de dezembro de 1969, visando dirimir dúvidas suscitadas por numerosas consultas encaminhadas ao Ministério do Trabalho, estabeleceu que o sábado só não seria considerado como dia útil, para efeito de férias, para os empregados que trabalham cinco dias por semana, sem compensar a jornada de sábado.

Vê-se, de plano, que às disposições genéricas e sem ressalvas ou exceções do Decreto-lei contrapõe-se a exigência especificada e particularista da Portaria aludida.

Ante esse contexto divergente, é compreensível que as manifestações dos tribunais trabalhistas também tenham se dividido.

Compulsando os ementários forenses, daquela Justiça Especializada, deparamos com duas manifestações, diametralmente opostas.

Temos, por exemplo, Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1.ª Região que afirma:

“A exclusão dos dias de sábado no cômputo das férias — Lei n.º 1.031, de 1969 — somente contempla àqueles que não trabalham nos dias em questão e não sofrem aumento de jornada nos demais dias da semana”. (TRT, 1.ª Região, Ac. 492 da 3.ª Turma, de 2 de junho de 1971, RO 737/71).

Por outro lado, em data mais próxima, encontramos decisão do Tribunal Superior do Trabalho, concluindo em sentido diverso:

“Não distinguindo a Lei (Decreto-lei n.º 1.031/69) entre os que, por qualquer motivo, têm jornada semanal de cinco dias e aqueles que trabalham também durante o mesmo período, em regime de compensação, nos demais dias da semana, o sábado não poderá ser computado como dia útil para efeito de férias, devendo ser remunerado”. (TST, RR 96/73, Ac. da 2.ª Turma 521/73, de 3 de maio de 1973).

Considere-se, de maneira muito especial, que a última decisão citada, além de mais recente, é de hierarquia superior.

Além disso, restabelece ela o princípio arraigado da hierarquia legislativa.

Segundo tal princípio, há uma ordem de prevalência, desde a Constituição Federal até uma simples Portaria ou Ordem de Serviço.

Esta ordem pressupõe harmonia, complementação, entre diplomas hierarquicamente diferenciados.

Todavia, no caso em questão, havia uma nítida infringência desse instituto consagrado no nosso direito, pois uma mera Portaria Ministerial alterava o conteúdo de uma lei.

Neste sentido trazemos à colação precioso artigo do Professor CARLOS ALBERTO CHIARELLI que, analisando a presente problemática, externa as seguintes ponderações:

“... não se pode admitir que uma Portaria (nascida para interpretar) entenda dar rumo distinto àquele que decorre do texto maior. O que cabia à Portaria — e isto também é óbvio — era suprir as lacunas, preencher as omissões, esclarecer as dúvidas. Portanto, a justificativa da edição da Portaria estava

justamente na existência das lacunas, das omissões e na possibilidade efetiva de dúvidas. Nunca poderá entender-se que a Portaria modifique, contrarie, dê a uma lei, a um decreto-lei, endereço diferente daquele a que se propunha originariamente. Será, então, a portaria ilegal e fulminantemente anulável, numa apreciação jurisprudencial”.

E, mais adiante, complementa:

“O Decreto-lei foi mui claro em excluindo a condição de dia útil do sábado para os “empregados que trabalhem em REGIME DE CINCO DIAS POR SEMANA”. Isto é fundamental. Não falou o legislador em horas trabalhadas por semana. Preocupou-se com a marea temporal DIAS. Estes é que servem para distinguir quem tem e quem não tem direito ao novo benefício. A Portaria, no entanto, exorbitando de seus limites, preoepa-se com a “compensação horária” e “prestação da totalidade horária da jornada semanal”, distinguindo entre aqueles que não foram diferentemente tratados pelo Decreto-lei”. (Legislação Trabalhista, v. 35, 1971, p. 188).

Acrescente-se, enfim, que, a vigorarem os termos da Portaria, teríamos uma premiação injustificável aos que já trabalham menor número de horas semanais, por arranjo contratual, o que não só se nos afigura injusto, como contraria, expressamente, o objetivo vislumbado naquela norma, de incentivar a produção e o desenvolvimento.

Concluimos, pois, pelo reconhecimento da orientação contida no acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, citado acima, como a mais válida e adequada ao mandamento da lei, isto é, não se considerará o sábado como dia útil, para efeito de férias, com relação àqueles empregados que têm jornada semanal de cinco dias, compensando ou não horário dos demais dias de trabalho.

Este, S.M.J., é o parecer.

Porto Alegre, 2 de abril de 1976.

TRANSMISSÃO DE POSSE DE TERRAS

JACQUES TAVORA ALFONSIN

Advogado de Ofício do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3159.

Nas zonas indispensáveis à segurança nacional, a transmissão da posse de terras a estrangeiros, mesmo aqueles que pretendam se estabelecer sob estatuto civil, está sujeita à prévia autorização do Conselho de Segurança Nacional.

Consulta a Secretaria da Fazenda sobre se pode a Empresa, mesmo civil, sendo estrangeira a unanimidade de seus sócios, pretendendo se estabelecer na faixa de fronteiras do país, em zona indispensável à segurança nacional, inscrever-se como produtora para fins de ICM.

O Senhor Fiscal do ICM em Sant'Ana do Livramento entendeu que não (fl. 2); o Sr. Chefe da Delegacia de Polícia Federal daquela cidade também havia prevenido a Fiscalização pela **negativa** (fl. 3) desde que comercial ou industrial a empresa que, lá, pretendesse se instalar. Posteriormente, a mesma autoridade federal, sob o fundamento de que a interessada, no caso, “Agro-Pecuária Upamaroty Ltda.”, não conseguira seu registro de comércio (fl. 8), decidindo se estabelecer como sociedade civil, optou pelo **sim** (fl. 6).

É o relatório.

A consulta sobe a parecer porque há divergência de interpretação, no caso, entre o Senhor Fiscal do ICM e o Senhor Chefe da Delegacia de Polícia Federal daquela cidade sobre o exato alcance da disposição contida no art. 118 inciso VII do Decreto-Lei Federal n.º 941, de 13.10.69 (Estatuto do Estrangeiro) que entrou em vigor em 1.º.10.70:

“ Art. 118 — É especialmente vedado ao estrangeiro, qualquer que seja a sua situação no país:

VII — Ser proprietário de terras ou de estabelecimentos industriais ou comerciais na faixa de fronteiras, observado o disposto em leis especiais.”

Essa disposição é repetida no art. 145 inciso VII do Decreto Federal 66.689 de 11.6.70, o qual regulamentou o Estatuto do Estrangeiro.

Como ditas disposições de lei não haviam oposto qualquer tipo de restrição ao estabelecimento civil, como tal, daí surgiu o debate entre as autoridades mencionadas.

Outras leis, porém, especificamente disciplinadoras dos cuidados que a União tem com a “faixa de fronteiras” e as delicadas “zonas indispensáveis à segurança do país”, devem ser aqui cogitadas, antes mesmo de qualquer preocupação com o tipo de sociedade que pretende se estabelecer em Sant’Ana do Livramento.

Dispõem, com efeito, os arts. 2.º e 9.º da Lei n.º 2.597 (federal) de 12.9.55:

“ Art. 2.º — É considerada zona indispensável à segurança do país a faixa interna de 150 km de largura, paralela à linha divisória do território nacional, cabendo à União sua demarcação”.

“ Parágrafo único — O Congresso Nacional, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá, a qualquer tempo, incluir novas zonas, ou modificar a estabelecida neste artigo.”

“ Art. 9.º — As transações de terras contidas nas zonas definidas no art. 2.º (150 km) tais como alienações, transfe-

rência por enfiteuse, anticrese, usufruto e transmissão de posse a estrangeiros, dependem de autorização prévia do Conselho de Segurança Nacional.”

A transmissão de posse aos estrangeiros da “Agro-Pecuária Upamaroty Ltda.” está comprovada pelos documentos de fls. 5, 7, 9 e 12.

A vigência atual da Lei n.º 2.597, supra referida, após a Emenda Constitucional de 30.12.69, recebeu expresso reconhecimento com a promulgação dos Decretos-Leis Federais n.ºs 1.094, de 17.3.70 (sobre a Comissão Especial da Faixa de Fronteiras) e 1.135 de 3.12.70 (sobre a Organização e Competência do Conselho de Segurança Nacional).

Assim, depois de repetir e melhor detalhar a competência que ao CSN deu o art. 89 inciso IV da Emenda Constitucional de 1969, arremata o art. 13 do Decreto-Lei Federal n.º 1.135 de 3.12.70:

“ Enquanto não forem especificadas as áreas indispensáveis à segurança nacional, na forma do disposto no parágrafo único do art. 89 da Constituição, é considerada indispensável à segurança nacional a faixa estabelecida no art. 2.º da Lei 2.597 de 12 de setembro de 1955.”

E o art. 1.º do Decreto-Lei Federal n.º 1.094 de 17.3.70 (Comissão Especial da Faixa de Fronteiras) estabelece:

“ As atribuições cometidas à Comissão Especial da Faixa de Fronteiras (CEFF), na forma da Lei n.º 2.597 de 12 de setembro de 1955, ficam incluídas na competência geral da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional.”

Para a Consultoria-Geral da República, também, o art. 9.º da Lei 2.597 de 1955 continuou em vigor, tanto antes como depois da Emenda Constitucional de 1969; Antes, distinguindo entre faixa de fronteira e zona indispensável à segurança nacional, manifestou-se o Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, em parecer datado de ..

1.º 3.67, publicado na "Revista de Direito Administrativo" vol. 89, pág. 386. Depois, em dois pareceres, opina o Dr. ROMEU DE ALMEIDA RAMOS, no mesmo sentido da vigência daquele dispositivo legal; o primeiro está datado de 15.12.70, vem publicado na "Revista de Direito Administrativo" n.º 104, pág. 346. O segundo, de 19.9.72, publica-o a "Revista de Direito Administrativo" vol. 111, pág. 461.

Em artigo de doutrina publicado no vol. 294 da "Revista dos Tribunais" (págs. 28 e seguintes) opinou, a respeito, MANUEL LINHARES DE LACERDA:

" Dentro dos 150 km. declarados indispensáveis à defesa do país, pela Lei 2.597 de 1955, indiscutivelmente:

a) —

b) — O Conselho de Segurança Nacional tem o controle das concessões de terras públicas ou particulares (grifos nossos), da construção de estradas e pontes internacionais, vias de comunicação, meios de transmissão, instalação e exploração de indústrias de interesse para a defesa do país."

As disposições do art. 153, § 34 da Constituição Federal e do art. 2.º do Ato Complementar n.º 45 de 30.1.69, embora sem muito em comum com o caso — eis que previnem a legislação especial que se seguirá sobre a aquisição do imóvel rural por estrangeiro residente no país — vale, aqui, serem lembradas porque, na sua esteira, já foi promulgada a Lei n.º 5.709, de 7.10.71 (trata da aquisição de imóvel rural por estrangeiros) regulamentada pelo Decreto n.º 74.965 de 26.11.74.

Tais diplomas legais, o primeiro no art. 11 e parágrafo único, e o segundo, repetindo, no art. 16 e parágrafo único, estabelecem que a Corregedoria da Justiça dos Estados deve ser informada pelos cartórios do Registro de Imóveis, trimestralmente, sobre quaisquer aquisições de imóveis rurais por estrangeiros. E, quando tais imóveis se situam em

"área indispensável à segurança nacional", à Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional deve ser remetida, também, a mesma informação.

Essas leis, posteriores à Emenda de 1969, cumpriram, perfeitamente, o que já antevia PONTES DE MIRANDA quando analisou o art. 153 § 34 da Constituição Federal em vigor:

" A lei tem por fim defender a integridade do território (e. g., evitar que adquirentes, brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil, pessoas físicas ou jurídicas, tornem as terras de propriedade, lugares para a atuação estrangeira, como se estrangeiro fosse o território, ou nocivas à segurança do Estado," ("Comentários à Constituição Federal de 1967 com a Emenda n.º 1, de 69", vol. 5 págs. 653/654).

São demonstrações inequívocas de que o Poder Público quer estar perfeitamente atualizado e senhor de todos os dados relacionados com as propriedades rurais e, na faixa de fronteiras, nas zonas indispensáveis à segurança nacional, particularmente vigilante quanto aos seus ocupantes.

Poderia parecer, entretanto, que essas últimas e recentes disposições de lei — art. 11 e parágrafo único da Lei n.º 5.709 de 7.10.71, especialmente, — constituam revogação tácita daquele art. 9.º da Lei n.º 2.597/55, já que parecem admitir a ciência posterior, do Conselho de Segurança Nacional, de aquisições de propriedade, por estrangeiro, em zona indispensável à segurança nacional.

Cabe interpretação contrária, aqui adotada, de que, na verdade, o que fazem as mais novas disposições legais, a respeito da matéria, é reforçar a garantia previamente estabelecida pela Lei n.º 2.597/55, aqui tão repetida porque fundamental para a resposta pedida.

É que, também ela, no parágrafo único do art. 9.º previa a possibilidade de o CSN, apesar do que dispunha o "caput" do mesmo artigo, vir a tomar ciência de qualquer negócio envolvendo ocupação, por estrangeiro, de zona indispensável à segurança nacional, depois do fa-

to consumado; em outras palavras, especialmente quanto às obrigações dos notários, o que a Lei n.º 5.709 de 7.10.71, dispôs, não é se não repetição daquilo que a referida Lei 2.597/55 já disciplinava.

Assim, se, porventura, algum estrangeiro vencer o primeiro filtro imposto à pretensão sua de ocupar terra em zona indispensável à segurança nacional (art. 9.º, Lei 2.5709 de 7.10.71 dispôs, não é segundo (parágrafo único do mesmo art. 9.º, Lei 2.597 e art. 11 e parágrafo único, Lei 5.709 de 7.10.71) exigido do próprio Titular do Cartório de Registro de Imóveis do Brasil, pois não haveria nenhum sentido em se ordenar ao mesmo, sob severíssimas sanções, a comunicação ao CSN de qualquer aquisição, por estrangeiro, de imóvel rural, em zona indispensável à segurança nacional, se não fosse, justamente, para se poupar de qualquer risco a mesma segurança.

Tudo está a indicar, portanto, que a Agro-Pecuária Upamaroty Ltda., antes mesmo de cogitar da disciplina tributária para a sua instalação — e disciplina estadual (fl. 5) — deva se submeter à disciplina federal, de primeira e superior hierarquia, ainda que meramente civil vá se constituir o seu estatuto: sem o preenchimento desse verdadeiro pré-requisito para a sua pretensão, não podem, ainda, os estrangeiros que a compõem pretender a sua inscrição como produtora, para fins de ICM.

Concluindo:

Ainda que civil a empresa constituída por estrangeiros, que queira se estabelecer ocupando terras em zona indispensável à segurança nacional, deve, antes de mais nada, pedir autorização ao Conselho de Segurança Nacional. (art. 9.º da Lei n.º 2.597 de 12.9.55).

Porto Alegre, 10 de novembro de 1975.

TAXA MUNICIPAL DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS DE RODAGEM

NELSON MONTEIRO FILHO

Procurador Fiscal do Estado
do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3277.

Legitimidade, quando a base de cálculo não coincidir com a que tenha servido para a incidência de imposto.

Aplicação do art. 18, § 2.º da Constituição Nacional.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A Associação dos Municípios da Fronteira Oeste solicita manifestação do Governo do Estado sobre a legitimidade da imposição de tributo, da espécie taxa, remuneratório de serviços de conservação de estradas integrantes do sistema rodoviário municipal.

O expediente vem a esta Consultoria-Geral, para parecer.

2. No conceito constitucional, taxa é tributo arrecadado “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”. (Constituição Federal, art. 18, I; Código Tributário Nacional, art. 77).

Na expressão “serviços públicos” é de se entender compreendidos não só os serviços de necessidade pública, indispensáveis à existência da comunidade — como os de saúde, educação, segurança —, mas também os de utilidade pública, que embora prescindíveis, a Admi-

nistração presta ou põe à disposição dos indivíduos, para sua comodidade e bem-estar, como o calçamento e a iluminação pública. (cf. HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Municipal Brasileiro", vol. I, págs. 124 e segs.)

Tais serviços, para remunerarem-se por taxas, não de ser específicos e divisíveis. Específicos, — em oposição a gerais —, no sentido de serem executados em proveito direto e imediato apenas do grupo de indivíduos que deles se utilize ou os tenha à disposição; divisíveis, na acepção de poder a Administração identificar os seus usuários efetivos ou potenciais e entre estes repartir o seu custo.

Para que o Poder Público possa impor a taxa requer-se que o serviço esteja em efetivo funcionamento, que não seja de realização futura e hipotética. Mas, criado o serviço e posto a funcionar, ele é compulsório do ponto de vista tributário, utilizado ou não pelo contribuinte. Basta que seja suscetível de utilização para que se configure o fato gerador da correspondente obrigação tributária e a taxa se torne devida. (cf. RUY BARBOSA NOGUEIRA, "Direito Financeiro", 3a. ed., pág. 129).

Importa também observar que a disciplina constitucional da taxa proíbe que a lei lhe atribua base de cálculo igual à que tenha servido para incidência do imposto (C. F., art. 18, § 2.º). A norma foi inovação feita no sistema tributário nacional pela Emenda n.º 18/65 (art. 18, parágrafo único) à Constituição de 1946, com vistas a eliminar a então existente proliferação de falsas taxas em disfarce de impostos da competência da própria pessoa jurídica que as impunha ou de alheia competência.

3. Dentro desse ordenamento jurídico, é indiscutível a legitimidade de taxa instituída pelos Municípios para ressarcir os gastos com serviço público de sua competência, como é o de conservação de estradas de rodagem municipais (C. F., art. 11, b), em lei que defina o fato gerador e o sujeito passivo da obrigação tributária e fixe a base de cálculo do tributo e a alíquota a ela aplicável (C. T. N., art. 97, III e IV). É o que diz a Súmula da jurisprudência predominante do Supremo

Tribunal Federal, verbete 348, que, embora estabelecido em janeiro de 1964, não se opõe, em princípio, à nova sistemática tributária implantada com a citada Emenda n.º 18/65 e mantida, em linhas gerais, na Constituição de 1967 e na Emenda n.º 1/69.

Em se tratando de taxa com tal destinação, também não se contesta que o fato gerador seja a utilização efetiva ou potencial do serviço, que a base de cálculo seja o seu custo global e que os contribuintes sejam, como seus presumíveis maiores usuários, os proprietários ou possuidores de prédios rurais lindeiros às estradas municipais conservadas ou a elas ligadas por servidão ou passagem forçada (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967", 2a. ed., t. II, pág. 442). Mesmo admitindo-se que possam se utilizar do serviço moradores de outras áreas do Município, mas como usuários eventuais. Na verdade, a rigorosa divisão das despesas com a construção e conservação de uma rodovia entre todos os seus usuários só se pode fazer através do pedágio.

4. A raiz das dificuldades que se apresentam aos Municípios para imposição da taxa está no critério legal que se há de adotar para repartir o custo do serviço (base de cálculo) entre os contribuintes, frente à norma do referido art. 18, § 2.º da Constituição Federal.

Repete-se a legislação municipal em estabelecer a quantificação do tributo pela aplicação de uma alíquota, fixa ou variável, sobre o valor venal das glebas situadas na área beneficiada com o serviço público, ou pelo emprego de fórmula consistente em multiplicar o custo do serviço pelo número de hectares de cada gleba, dividindo-se o produto pelo número de hectares da área total beneficiada: o resultado dessa operação dá a quota com que cada contribuinte concorre, segundo a extensão de sua propriedade, para o ressarcimento da despesa pública.

O primeiro critério é evidentemente inconstitucional, pois toma como base de cálculo de taxa o valor venal da terra, que também serve de base para o cálculo do imposto estadual sobre a transmissão da propriedade imobiliária (C. F. art. 23, I; C. T. N., art. 33).

Quanto ao segundo critério, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado, reiteradamente, pela sua inconstitucionalidade, em confronto com a mesma norma do art.18, § 2.º da Constituição vigente.

Com efeito, no julgamento do recurso extraordinário n.º 78.701, do Rio Grande do Sul, assim manifestou-se o Alto Pretório, Segunda Turma, em 13.12.74:

“ EMENTA — É ilegítima a cobrança de Taxa Municipal de Conservação de Estradas de Rodagem que tem por base a distribuição do custo do serviço em proporção ao número de hectares das propriedades rurais beneficiadas, por infringência do art. 77, parágrafo único do Código Tributário Nacional e da competência da União Federal, Art. 18, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1.

V O T O

Ninguém discute a legitimidade da cobrança de taxa pela utilização de serviço público prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

O que se controverte na espécie é a admissibilidade do critério de cobrança que toma por base o número de hectares dos imóveis beneficiados.

A esse respeito, em 24.10.74, o Tribunal Pleno, ao julgar o RE n.º 69.175, de São Paulo, em grau de embargos, assim decidiu, sendo relator o eminente Ministro ELOY DA ROCHA:

“ EMENTA — Taxa de conservação de estradas de rodagem, criada pelo Código Tributário Municipal, devida pelos proprietários ou possuidores, a qualquer título, de imóveis rurais beneficiados, direta ou indiretamente, por serviços destinados à conservação de rodovias municipais; alíquota em base percentual do salário-mínimo regional, por alqueire do

imóvel beneficiado. Incidência, na realidade, sobre a propriedade territorial rural, cuja tributação é de competência da União Federal. Aplicação do art. 77, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e do art. 19, § 2.º da Constituição Federal de 1967, a que corresponde atualmente o art. 18, § 2.º da Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.69. Recurso Extraordinário conhecido e provido”.

Substitua-se alqueire por hectare e tem perfeita aplicação à espécie o julgado do Tribunal Pleno.

Conheço do recurso e lhe dou provimento, para conceder a segurança, tendo em vista o art. 77, parágrafo único do Código Tributário Nacional e o art. 18, § 2.º da Emenda Constitucional n.º 1.

A impugnada Taxa incide, na realidade, sobre a propriedade territorial rural, cuja tributação é de competência da União Federal (art. 21, III da Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.69).”

No mesmo sentido contam-se, ainda, as recentes decisões da Corte Suprema, Tribunal Pleno, no julgamento do RE 80.001-RS, em 16.01.75 e do RE 81.145-MG, em 28.08.75.

Esses arestos fundaram-se em entendimento do Tribunal de Alçada de São Paulo, em acórdão acolhido pelo Supremo Tribunal, assim traduzido:

“ Para que tenha aplicação a proibição contida no art. 77 do Código Tributário Nacional não é necessário que as bases de cálculo consideradas sejam absolutamente idênticas e mera repetição uma da outra. Sempre que o critério adotado pelo legislador fiscal para o cálculo da taxa contém em si o mesmo critério já utilizado para imposto, estará configurada violação daquela norma geral do sistema tributário, ainda que

a base de cálculo escolhida para a taxa abranja ademais outros fatores não considerados para o imposto.” (“Revista Trimestral de Jurisprudência”, vol. 51, pág. 446).

Dai, a declaração de ilegitimidade da taxa de conservação de rodovias municipais em cujo cálculo se incluía o elemento extensão das áreas beneficiadas com o serviço de conservação, eis que a extensão superficial é fator considerado, entre outros, na fixação do valor fundiário da terra, que é a base de cálculo do Imposto Territorial Rural, da competência tributária da União Federal. (C. F., art. 21, III; C. T. N., arts. 29 e 30; Lei Federal n.º 4.504, de 30.11.64 — Estatuto da Terra — art. 50, § 1.º)

Poder-se-ia dizer, com certa razão, que tal modo de entender a regra do § 2.º do art. 18 da Constituição apresenta-se de exagerado rigor, pois o elemento extensão da terra — medida em hectares ou alqueires — não atua na fixação da base de cálculo da taxa (o custo do serviço realizado), mas é considerado apenas como fator da divisão subjetiva proporcional do tributo entre seus contribuintes e, portanto, sem violação à proibição constitucional comentada.

Na verdade, a matéria relativa às licitações ao direito de tributar por taxas tornou-se ainda mais complexa após a vigência da norma do art. 18, parágrafo único da Emenda Constitucional n.º 18/65, mantida no art. 18, § 2.º da Constituição vigente, implicando incertezas e divergências na legislação, na doutrina e na jurisprudência referentes a esse tema do direito tributário nacional.

Contudo, as referidas manifestações do Supremo Tribunal sobre a questão em foco não de ser acatadas, impondo-se ao legislador municipal instituir critério de quantificar o tributo que o legitime em conferência com a orientação jurisprudencial predominante, sem consideração a qualquer elemento que sirva para o cálculo de imposto federal, estadual ou municipal.

5. Para tanto, sugere-se que a lei estabeleça, com clareza e objetivamente, (a) que o fato gerador da taxa é a utilização efetiva ou potencial do serviço de conservação de estradas de rodagem municipais;

(b) que os contribuintes são os proprietários ou possuidores de áreas rurais marginais às estradas municipais conservadas ou a elas ligadas por servidão ou passagem forçada; (c) que a base de cálculo é o custo global do serviço, considerada a estimativa orçamentária para cada exercício financeiro em que a taxa é arrecadada; (d) que a alíquota é representada pelo quociente da divisão da base de cálculo pelo número de contribuintes lançados para pagamento do tributo, em cada exercício fiscal.

Esse simples critério de repartir igualmente o todo entre as partes, sem observar a proporção em que cada usuário se utiliza do serviço nem a sua capacidade contributiva, pode parecer contrário à justiça fiscal recomendada pela ciência das finanças. (HELY LOPES MEIRELLES, “Taxa de Iluminação Pública”, Revista da Consultoria-Geral do Estado, vol. 1, pág. 26)

Entretanto, o princípio da graduação dos tributos segundo a capacidade econômica do contribuinte (C. F. de 1946, art. 202) perdeu a hierarquia de norma constitucional a partir da Constituição de 1967 e, de outra parte, tratando-se de taxa, afigura-se difícil proporcionalizar a distribuição da carga tributária entre os contribuintes, conforme uma presumível maior ou menor utilização do serviço público tributado, sem infringir a regra do art. 18, § 2.º da Constituição, na estrita compreensão que lhe dá o mais alto Tribunal do País. Ademais, variações na extensão e na produtividade da terra, no número de veículos que os contribuintes possuam em suas propriedades rurais — para exemplificar —, ou modificações em outros quaisquer elementos que o legislador considere, não determinam, necessariamente, maior ou menor utilização das estradas conservadas, a recomendar, em nome da justiça fiscal, graduação proporcional da taxa em questão, tanto mais quando se observe que tais elementos já influem no lançamento de outras espécies do sistema tributário nacional.

É o parecer.

Porto Alegre, 20 de abril de 1976.

ÍNDICE

AÇÃO DE EXECUÇÃO — REVELIA — Questões polêmicas do novo Código de Processo Civil, por Athos Gusmão Carneiro	106
AGRAVO RETIDO — Questões polêmicas do novo Código de Processo Civil, por Athos Gusmão Carneiro	106
ALFONSIN, Jacques Távora. Transmissão de posse de terras	265
ANTROPOLOGIA — Do histórico no direito, por Plauto Faraco de Azevedo	113
ATO COMPLEMENTAR N.º 52 — Readmissão, por Almiro do Couto e Silva	225
AUTO — EXECUÇÃO — Margens de rio de domínio público, por Mário Nunes Soares	233
AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do histórico no direito	113
BAUR, Fritz. A influência do desenvolvimento industrial sobre o direito de vizinhança	29
BENS PÚBLICOS — Margens de rio de domínio público, por Mário Nunes Soares	233
BENS PÚBLICOS — Resgate de bem público estadual enfiteuticado, por Nilo Damasceno Ferreira	217
CARNEIRO, Athos Gusmão. Questões polêmicas do novo Código de Processo Civil	106

CIBERNÉTICA JURIDICA — Os bens e sua evolução, por Aurel David	11
CÓDIGO DE ÁGUAS — Margens de rio de domínio público, por Mário Nunes Soares	233
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — Questões polêmicas do novo, por Athos Gusmão Carneiro	106
COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico	81
CONSUMIDOR — PROTEÇÃO DO — Importante capítulo do direito econômico, por Fábio Konder Comparato	81
CONTRATADO — Cômputo das férias do, por José Hugo V. Castro Ramos	261
COOPERATIVAS — Atualização monetária do capital das sociedades cooperativas, por Walmor Franke	169
CORREÇÃO MONETÁRIA — Atualização monetária do capital das sociedades cooperativas, por Walmor Franke	169
COUTO E SILVA, Almiro. Readmissão	225
DAVID, Aurel. Os bens e sua evolução	11
DIREITO — HISTÓRICO NO, por Plauto Faraco de Azevedo	113
DIREITO DE PROPRIEDADE — Os bens e sua evolução, por Aurel David	11
DIREITO DE PROPRIEDADE — A influência do desenvolvimento industrial sobre o direito de vizinhança, por Fritz Baur	29
DIREITO DE VIZINHANÇA — A influência do desenvolvimento industrial sobre o, por Fritz Baur	29
DIREITO DO MAR — Do histórico no direito, por Plauto Faraco de Azevedo	113
DIREITO ECONÔMICO — A proteção do consumidor: importante capítulo do, por Fábio Konder Comparato	81

DIREITO E SOCIEDADE — Do histórico no direito, por Plauto Faraco de Azevedo	113
DIREITO FORMATIVO — Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos, por José Maria Rosa Tesheiner	41
DIREITO INDUSTRIAL — A influência do desenvolvimento industrial sobre o direito de vizinhança, por Fritz Baur	29
DIREITO INTERNACIONAL — Do histórico no direito, por Plauto Faraco de Azevedo	113
DIREITO TRIBUTÁRIO — Taxa municipal de conservação de estradas de rodagem, por Nelson Monteiro Filho	271
ECOLOGIA — A influência do desenvolvimento industrial sobre o direito de vizinhança, por Fritz Baur	29
EMPRESA INDUSTRIAL — A influência do desenvolvimento industrial sobre o direito de vizinhança, por Fritz Baur	29
EMPRESA PÚBLICA — Contrato por empresa pública independentemente de licitação, por Arnaldo Wald	205
ENFITEUSE — Resgate de bem público estadual enfiteuticado, por Nilo Damasceno Ferreira	217
ESTADOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS — Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos, por José Maria Rosa Tesheiner	41
ESTRADAS — CONSERVAÇÃO DE — Taxa municipal, por Nelson Monteiro Filho	271
FACULDADE DE DIREITO DE PORTO ALEGRE — O 75.º aniversário da, por Galeno Vellinho de Lacerda	155
FÉRIAS — Cômputo das férias do contratado, por José Hugo V. Castro Ramos	261
FERREIRA, Nilo Damasceno. Resgate de bem público estadual enfiteuticado	217

RANKE, Walmor. Atualização monetária do capital das sociedades cooperativas	169
ACERDA, Galeno Vellinho de. O 75.º aniversário da Faculdade de Direito	155
AUDÊMIO — Resgate de bem público estadual enfiteuticado, por Nilo Damasceno Ferreira	217
CITAÇÃO — Contratação por empresa pública independentemente de, por Arnoldo Wald	205
ÓGICA JURÍDICA — Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos, por José Mario Rosa Tesheiner	41
MARTINS COSTA, Celso. Terrenos reservados e acrescidos	239
MONTEIRO FILHO, Nelson. Taxa municipal de conservação de estradas de rodagem	271
ROVA — ÔNUS DA — Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos, por José Maria Rosa Tesheiner	41
AMOS, José Hugo V. Costro. Cômputo das férias do contratado	261
READMISSÃO, por Almiro do Couto e Silva	225
SEGURANÇA NACIONAL — Transmissão de posse de terras, por Jacques Távora Alfonsin	265
SENTENÇA — Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos, por José Maria Rosa Tesheiner	41
RESERVAÇÃO PÚBLICA — Terrenos reservados e acrescidos, por Celso Martins Costa	239
SOARES, Mário Nunes. Margens de rio de domínio público	233
TAXA MUNICIPAL DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS, por Nelson Monteiro Filho	271

TERRAS — TRANSMISSÃO DE POSSE, por Jacques Távora Alfonsin	265
TERRENOS RESERVADOS — Resgate de bem público estadual enfiteuticado, por Nilo Domosceno Ferreira	217
TERRENOS RESERVADOS — Margens de rio de domínio público, por Mário Nunes Soares	233
TERRENOS RESERVADOS — DOAÇÃO — Terrenos reservados e acrescidos, por Celso Martins Costa	239
TERRENOS RESERVADOS E ACRESCIDOS, por Celso Martins Costa	239
TESHEINER, José Maria Rosa. Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos	41
WALD, Arnoldo. Contratação por empresa pública independentemente de licitação	205

FRANKE, Walmor. Atualização monetária do capital das sociedades cooperativas	169
LACERDA, Galeno Vellinho de. O 75.º aniversário da Faculdade de Direito	155
LAUDÊMIO — Resgate de bem público estadual enfiteutico, por Nilo Damasceno Ferreira	217
LICITAÇÃO — Contratação por empresa pública independentemente de, por Arnaldo Wald	205
LÓGICA JURÍDICA — Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos, por José Maria Rosa Tesheiner	41
MARTINS COSTA, Celso. Terrenos reservados e acrescidos	239
MONTEIRO FILHO, Nelson. Taxa municipal de conservação de estradas de rodagem	271
PROVA — ÔNUS DA — Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos, por José Maria Rosa Tesheiner	41
RAMOS, José Hugo V. Castro. Cômputo das férias do contratado	261
READMISSÃO, por Almiro do Couto e Silva	225
SEGURANÇA NACIONAL — Transmissão de posse de terras, por Jacques Távora Alfonsin	265
SENTENÇA — Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos, por José Maria Rosa Tesheiner	41
SERVIDÃO PÚBLICA — Terrenos reservados e acrescidos, por Celso Martins Costa	239
SOARES, Mário Nunes. Margens de rio de domínio público	233
TAXA MUNICIPAL DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS, por Nelson Monteiro Filho	271

TERRAS — TRANSMISSÃO DE POSSE, por Jacques Távora Alfonsin	265
TERRENOS RESERVADOS — Resgate de bem público estadual enfiteutico, por Nilo Damasceno Ferreira	217
TERRENOS RESERVADOS — Margens de rio de domínio público, por Mário Nunes Soares	233
TERRENOS RESERVADOS — DOAÇÃO — Terrenos reservados e acrescidos, por Celso Martins Costa	239
TERRENOS RESERVADOS E ACRESCIDOS, por Celso Martins Costa	239
TESHEINER, José Maria Rosa. Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos	41
WALD, Arnaldo. Contratação por empresa pública independentemente de licitação	205

